كتاب القضاء

تقرير أبحاث

سماحة آية الله العظمى

السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

الجزء الأول

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني

بسم الله الرحمن الرحیم

كتاب القضاء

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

محمود شريعت المهدوى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

کتاب القضاء

اشاره

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور : کتاب القضاء/ السید علی الحسینی المیلانی

مشخصات نشر : قم: شریعت، ۱۴۱۳ق.= -۱۳۷۱

مشخصات ظاهری : ج ۲.

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ اول: ۱۴۰۱ق.= ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق.= ۱۳۷۱.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات : ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع : زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره : PJA۲۰۲۸/ح۵۴ق۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی : ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص :۱

المجلد ۱

اشاره

مقدمه

بِسْمِ اَللّٰهِ اَلرَّحْمٰنِ اَلرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمین، و الصلاه و السلام علی سیدنا محمد و آله الطاهرین، لا سیما خلیفه اللّه فی الأرضین الإمام الثانی عشر الحجه ابن الحسن العسکری أرواحنا فداه، و لعنه اللّه علی أعدائهم أجمعین من الأولین و الآخرین.

اللهم انا نرغب إلیک فی دوله کریمه تعز بها الإسلام و أهله و تذل بها النفاق و أهله، و تجعلنا فیها من الدعاه إلی طاعتک و القاده الی سبیلک، و ترزقنا بها کرامه الدنیا و الآخره.

و بعد:

فان لکل موجود من الموجودات التی یشاهدها الإنسان نظاما دقیقا متقنا یسیر علیه و لا یحید عنه و ذلک «صُنْعَ اَللّٰهِ اَلَّذِی أَتْقَنَ کُلَّ شَیْءٍ» ، کما یشاهد الإنسان کذلک نظاما کلیا محکما، و سننا إلهیه ثابته تخضع لها الکائنات بأسرها، و تلک سنه اللّه «وَ لَنْ تَجِدَ لِسُنَّهِ اَللّٰهِ تَبْدِیلاً» .

ص:5

و لم یکن الإنسان الذی خلقه اللّه تعالی و کرمه و فضله علی کثیر ممن خلق کما قال عز من قائل «وَ لَقَدْ کَرَّمْنا بَنِی آدَمَ وَ حَمَلْناهُمْ فِی اَلْبَرِّ وَ اَلْبَحْرِ وَ رَزَقْناهُمْ مِنَ اَلطَّیِّباتِ وَ فَضَّلْناهُمْ عَلی کَثِیرٍ مِمَّنْ خَلَقْنا تَفْضِیلاً» (۱)) بدعا من سائر الموجودات من هذه الناحیه، بل ان الإنسان أحق و أولی منها فی أن یکون له نظام، لان الموجودات الأخری قد خلقت لأجله و سخرت له و جعلت تحت سلطنته لتعینه علی السیر فی الصراط المستقیم المرسوم له حتی یصل الی الغایه المنشوده التی لأجلها خلق.

فکان لا بد للإنسان أیضا من نظام یحدد له تصرفاته فی مختلف شئونه الخاصه منها و العامه، و یتناسب مع شتی حالاته، و ذلک النظام هو الذی یعبر عنه ب «الدین» ، و یعرف بأنه «ما شرع اللّه لعباده علی لسان رسله» ، حتی بعث سیدنا و مولانا محمد المصطفی صلی اللّه علیه و آله و سلم و کان ما جاء به هو النظام الأتم و القانون الادق، و من ثم کان هذا الدین خاتمه الأدیان.

ان الدین الإسلامی هو النظام الوحید الذی یستجیب لنداء الإنسان و یتلائم مع فطرته التی خلق علیها، و انه النظام الذی یتکفل سعاده الإنسان و رقیه إلی أعلی درجات الکمال و یأخذ بیده الی ما فیه خیره فی عاجله و آجله.

لقد اهتم الدین الإسلامی بکل ناحیه من نواحی الحیاه الإنسانیه بالقدر اللازم من الاهتمام، و علی هذا الأساس بذل بالنسبه إلی صیانه

۱- ۱) سوره الإسراء:۷۰.

حقوق الإنسان و حفظ النظام العام اهتماما بالغا للأهميه البالغه لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرع لها القوانين الحقوقيه الثابته، و حدد علاقه الإنسان بالإنسان و ما يجب له و عليه تجاه الآخرين، و صله الفرد بالمجتمع و حدود المسئوليات الفرديه و الاجتماعيه، الى غير ذلک من المسائل المتعلقه بهذا المجال من مجالات الحياه.

و قد أشارت الآيه الكريمه «لَقَدْ أَرْسَلْنا رُسُلَنا بِالْبَيِّناتِ وَ أَنْزَلْنا مَعَهُمُ اَلْكِتابَ وَ اَلْمِيزانَ لِيَقُومَ اَلنّاسُ بِالْقِسْطِ وَ أَنْزَلْنَا اَلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَ مَنافِعُ لِلنّاسِ .» (1) الى طريقه الإسلام فى معالجه المشاكل التى تعرض الإنسان و المجتمع فى هذا المقام. و توضيح ذلک بايجاز هو: ان الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار الى الكمال المعنوى و الفوز برضى اللّه عز و جل و القرب منه، و ذلک لا يتحقق الا بتنميه الروح الإنسانيه المودعه فيه و فطرته السليمه التى خلق عليها، و تعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل اللّه سبحانه رسله بالبينات و أنزل معهم الكتاب و الحكمه و الميزان لتحقيق هذا الغرض، و قال النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم: «انما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» ، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقيه ساميه و علم الكتاب و الحكمه، و دعا الى تهذيب النفوس، و أمر بالعدل و الإحسان، و نهى عن الفحشاء و المنكر و البغى، و قد نجح-الى حد بعيد- فى هذا المجال، فكان فى نفس كل انسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلى يمنعه من الاقتراب من أموال الآخرين و النيل من إعراضهم

1- 1) سوره الحديد:25.

و التعدی علی حقوقهم.

و قد جعل فی الشریعه الإسلامیه إلی جانب ذلک الإحکام القضائیه و القوانین الجزائیه لتکون سدا أمام من لم ینتفع بالآیات و الحکم و لم تؤثر فیه المواعظ و الآداب، فمال مع غرائزه النفسانیه التی تحمل الإنسان علی أن لا یقتنع بحقوقه و تدفعه الی الظلم و التعدی علی حقوق الآخرین، فجعل «القاضی» لأن یکون مرجعا للناس لفصل الخصومات و قطع المنازعات، و جعل «الحدید» فیه بأس شدید تستأصل به جذور الفساد و عناصر البغی فی المجتمع.

و من وقف علی جزئیات تلک التشریعات فی الفقه الجعفری عرف مدی الدقه المبذوله فیها من جهه و مدی تلائمها مع الفطره الإنسانیه من جهه أخری، و لا عجب فإنها تشریعات متخذه من أخبار أهل بیت الوحی و الرساله، و هی مستمده من جدهم عن اللّه عز و جل العالم الخبیر بما یصلح شأن العباد و ینظم أمورهم، و ذلک قوله تعالی «أَ لا یَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَ هُوَ اَللَّطِیفُ اَلْخَبِیرُ» ((۱)) . و حینئذ یسقط عن الاعتبار و الاعتماد سائر التشریعات المنسوبه إلی السماء فکیف بالقوانین الوضعیه الحدیثه؟ .

فشکر اللّه سعی علمائنا الأبرار الذین نقحوا هذه المسائل و رووا أخبارها و جمعوا آثارها، و کتبوا هذه البحوث العلمیه الراقیه و درسوها و خلدوها الی یومنا الحاضر.

و عند ما انبثقت الثوره فی بلادنا ضد النظام الامبراطوری و أطاحت

۱- ۱) سوره الملک:۱۴.

به و طالبت الأمه بالعوده بها الى أحكام الإسلام و أقيمت المحاكم الشرعيه، قام سيدنا الأستاذ الأكبر فقيه الأمه و زعيم الحوزه العلميه، المرجع الديني الكبير، آيه اللّه العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوى الگلپايگانى دام ظله الوارف بتدريس «كتاب القضاء» (١)) لإعداد ثله من الفضلاء للتأهل بتولى هذا المنصب الخطير.

و الحق أنها بادره منه دام ظله جديره بالتقدير، فان القضاه إذا صلحوا و ساروا على النهج الصحيح، و حكموا بالحق و هم يعلمون، و أقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط و ساده الأمن و انتشر فيه الصلاح، و أما إذا تولى القضاء من ليس أهلا له، أو اتبع هواه عند الحكم أو جار فيه انتشرت الفوضى و اختل النظام و فسدت البلاد و العباد.

هذا و قد وفقت لتدوين ما يلقيه سيدنا الأستاذ فى بحثه الشريف، و عرضته عليه فلاحظه و أقره، فلما اكتمل جزء استأذنته فى نشره- نزولا عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل-فأذن بذلك. و انى إذ أقدم هذا المجهود العلمى-مع تعليقات على بعض مواضعه- الى زملائى الفضلاء و إخوانى العلماء أسأل اللّه عز و جل أن يمن علينا بدوام وجود سيدنا الأستاذ، و أن يجعل أعمالنا خالصه لوجهه الكريم انه سميع مجيب.

قم المقدسه ١٨ رمضان ١۴٠١ على الحسينى الميلانى

ص:٩

كتاب القضاء

القضاء فى اللغه و الاصطلاح

هو لغه لمعـان كـثيره و لاـ حـاجه الى بيانهـا فليراجع كتب اللغه (١)) أمـا فى عرف الأصـحاب فقـد قيـل: هو فصل الخصومه بين المتخاصـمين و تطبيق الاحكـام على مواردهـا الجزئيه، بـأن يحكم بأن هـذه الـدار لزيـد، كما أن الفتوى عباره عن الحكم الكلى الإلهى بغض النظر عن تطبيقه.

ص:١٠

و قیل: هو الولایه علی تطبیق الحکم الجزئی فی الموارد الجزئیه (۱)) .

أقول: و الظاهر أن القضاء هو «الحکم» ، و هو أحد معانیه المذکوره فی اللغه، و هو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالی:

ص:۱۱

« وَ قَضى رَبُّکَ أَلّا تَعْبُدُوا إِلاّ إِيّاهُ .» ((١)) .

الا أن هـذا الحكم الـذى يجب اطاعته و تنفيـذه لا بـد أن يكون ممن نصب لـذلك من قبل اللّه تعالى، قال عز و جل «يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِى اَلْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ» ((١)) .

أو من قبـل النبى صـلى اللّه عليه و آله و سـلم أو الإمـام عليه السـلام امـا خصوصـا أو عموما كما فى روايه أبى خـديجه: «و لكن انظروا.

« ((٢)) .

و هو حكم مطابق للحكم الإلهى، فليس فصل الخصومه من القاضـى بفتوى الفقيه أو الفقهاء، بل انه حكم يصـدره و من آثاره و خواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء، -و هذه حيثيه أخرى للتفريق بين المفتى و الحاكم ((٢)) إلا إذا قطع أحدهم بعدم تماميه

١- ١) سوره ص:٢۶.

٢- ٢) وسائل الشيعه:١٨-۴.

بعض مقدمات حکم من الاحکام، أو لم یقل بولایه الفقیه (۱)) .

و بـالجمله فـالمراد من الحکم هنا هو ما یصـدره القاضـی بعنوان الولایه و السـلطنه الشـرعیه (۲)) لاـ بعنوان الاخبـار عن فتوی أو اجتهاد لنفسه أو غیره، و لهذا الحکم آثار شرعیه کعدم جواز نقضه حتی من مجتهد آخر، و عدم ضمان القاضی مع عدم تقصیره فی مقدمات الحکم-الی غیر ذلک.

القضاء فی الشریعه:

ثم ان القضاء أمر ثابت فی الشریعه لا یمکن المناقشه فیه، و تدل علیه الایات (۳)) .

ص:۱۳

و الروايات البالغه حد التواتر عندنا (۱)) ، فإنها تدل على ثبوت أصل القضاء فى الشريعه الغراء من قبل اللّه عز و جل بين الناس.

و العقل أيضا يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل اللّه عز و جل، كذلك تقضى بوجود ولى يقضى بينهم فى موارد الاختلاف حسما للنزاع و دفعا للخصومه، و أنه لا ـ يجوز على اللّه سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولى يرجعون اليه عند الخصومه و النزاع ليرفعها و يأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، و لذا نرى المحقق «قده» فى الشرائع لا يتعرض لهذه الناحيه لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا و لا ـ يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجدا للشرائط المعتبره الاـتيه (۲)) و أما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

فـإنه واجب كفـائی، لأـن الغرض حفـظ النظـام به کسـائر الواجبات الکفائیه المتوقف علیها حفظ نظام المجتمع الإسـلامی، و قد یجب عینا فی صوره عـدم تصـدی أحـد له، و متی لم یتوفر الواجد للشـرائط أو وجد و لم یتصد له فهل یجب تحصـیلها أو حمل الغیر علی ذلـک؟ الظاهر ذلک لتوقف حفظ النظام علیه أولا (۱)) ، و لانه لو لم یکن ذلک لتصـداه غیر أهله و هو ینافی الإراده التشریعیه للّه عز و جل ثانیا.

و هذا الواجب کفائی و مع عدم قیام أحد به فالکل معاقبون.

ص:۱۵

صفات القاضی

اشاره

البلوغ. العقل. الایمان. العداله. طهاره المولد العلم. الضبط. الکتابه. الذکوره. السمع و البصر و النطق. الحریه.

ص:۱۷

صفات القاضی:

الأصل: عدم نفوذ حکم أحد فی حق أحد، لکن قام الدلیل-نقلا و عقلا-علی نفوذ حکم أشخاص. فالنبی صلی اللّه علیه و آله و سلم لا ریب فی نفوذ حکمه لأنه خلیفه اللّه فی الأرض و صاحب الولایه الکبری المقتضیه لنفوذ حکمه. و قد قال عز و جل «فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لا یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً» (۱)) کما لا ریب فی ولایه الأئمه من أهل بیته و عترته و نفوذ حکمهم للأدله المعتبره الداله علی ذلک کتابا و سنه، و من ذلک قوله تعالی «یا أَیُّهَا اَلَّذِینَ آمَنُوا أَطِیعُوا اَللّهَ وَ أَطِیعُوا اَلرَّسُولَ وَ أُولِی اَلْأَمْرِ مِنْکُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِی شَیْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَی اَللّهِ وَ اَلرَّسُولِ إِنْ کُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَ اَلْیَوْمِ اَلْآخِرِ.» (۱)) .

ص:۱۹

۱- ۱) سوره النساء:۶۵.

و لا ریب فی أنه صلی اللّه علیه و آله و سلم قد تصدی لذلک و کان ینصب أو یرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات و قطع المشاجرات. و کذلک فعل مولانا أمیر المؤمنین علیه الصلاه و السلام. و هذا یدل علی أنه یمکن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص و تولیتهم القضاء (۱)) فمن یصح نصبه لهذا الأمر؟ و من الذی ینفذ حکمه و ان لم یکن منصوبا بالخصوص؟ و ما هی صفاته؟

۱-البلوغ

قال المحقق قدس سره: «و یشترط فیه البلوغ» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی اشتراط البلوغ فی القاضی فلا

ينعقد القضاء لغير البالغ (۱)) ، لانه قاصر محتاج إلى الولى و لا تنفذ أعماله فى حق نفسه و لا ولايه له عليها، فكيف يكون وليا على غيره؟

٢-العقل:

قال: «و كمال العقل» أقول: لا ريب و لا خلاف فى اشتراطه كذلك و لا حاجه الى الاستدلال عليه (٢)) .

٣-الايمان:

قال: «و الايمان» .

أقول: قد يراد به الايمان المقابل للكفر، فلا ينعقد القضاء

لکـافر، قـال اللّه تعـالی «أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمـا أُنْزِلَ إِلَیْـکَ وَ مـا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِـکَ یُرِیـدُونَ أَنْ یَتَحـاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ .» ((۱)) و قال صلی اللّه علیه و آله و سلم:

«الإسلام یعلو و لا یعلی علیه» ((۲)) .

و قـد یراد به الایمـان بـالمعنی الأـخص، و هو کونه إمامیا اثنی عشـریا. قال فی الجواهر: هو من ضـروریات مـذهبنا، و یـدل علی اشتراطه النصوص الکثیره البالغه حـد الاسـتفاضه بل التواتر، الناهیه عن الترافع الی قضاه الجور و حکام المخالفین-الا عند التقیه- و المقتضیه عدم جواز التصرف فی ما حکم به قاضی الجور و ان کان حقا ((۱)) .

۱- ۱) سوره النساء:۶۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۷-۳۷۶.

۴-العداله:

قال: «و العداله» .

قال بعض علمائنا المعاصرین: هذا الشرط یغنی عن اشتراط «الایمان» . و یمکن الاستدلال لاشتراط العداله بقوله سبحانه:

«لا یَنالُ عَهْدِی اَلظّالِمِینَ» (۱)) لأن الولایه علی القضاء و نفوذ الحکم عهد من اللّه تعالی و الفاسق ظالم فلا یناله عهده (۱)) .

و یدل علیه النصوص الکثیره (۲)) .

۵-طهاره المولد:

قال: «و طهاره المولد» .

أقول: لا دلیل یدل علیه بالخصوص. قال فی الجواهر: هو واضح

ص:۲۳

۱- ۱) سوره البقره:۱۲۴.

بناء علی کفره (۱)) أما علی غیره فالعمـده الإجماع المحکی و فحوی ما دل علی المنع من إمامته و شـهادته ان کان و قلنا به.» و لکن لا یحضـرنی الان دلیل له هـذا الفحوی بحیث یسـتدل به و یعتمـد علیه لـذلک، اللهم الا بتنقیح المناط أو إثبات الأولویه، و الانصاف ان کل ذلک مشکل، فالعمده الإجماع المحکی عن جماعه (۲)) .

۶-العلم:

اشاره

قال: «و العلم» .

أقول: لا ریب فی عدم نفوذ حکم الجاهل بالأحکام الشرعیه و أنه یشترط کون القاضی عالما، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام قال:

«القضـاه أربعه ثلاثه فی النار و واحـد فی الجنه: رجل قضـی بجور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضـی بجور و هو لا یعلم فهو فی النار و رجل قضی بالحق و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق

و هو یعلم فهو فی الجنه» (۱)) .

فهـل المراد من العلم (۱)) فی هـذا الخبر و نحوه الاجتهـاد المطلق أو یعم المتجزی و علم المقلـد الـذی یحکم بفتوی مقلـده أو ناصبه أیضا؟

ص:۲۵

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۱.

لقـد حکی الإجماع علی لزوم کون القاضـی مجتهـدا، و القـدر المتیقن منه «المجتهد المطلق» و أما بالنسـبه إلی غیره فنقول: تاره یقال بأن حکم الحاکم موضوع للنفوذ و وجوب الامتثال، و أخری یقال بأنه بیان لحکم الامام علیه السـلام فیکون کناقل الحکم، فبنـاء علی الثـانی ینفـذ حکمه سواء کـان مقلـدا أو مجتهـدا مطلقا أو متجزیا و علی الأول یکون لحکمه موضوعیه فیتوقف جواز الرجوع الی المقلد و المتجزی و نفوذ حکمهما علی حجه شرعیه، و مع الشک فالأصل عدم النفوذ.

و قد استدل لجوازه بروایه أبی خدیجه سالم بن مکرم الجمال:

قال أبو عبـد اللّه جعفر بن محمـد الصادق علیه السـلام: «إیاکم أن یحاکم بعضـکم بعضا الی أهل الجور و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شـیئا من قضایانـا فـاجعلوه بینکم فانی قـد جعلته قاضـیا فتحاکموا إلیه» (١) فان کلا من المقلـد و المجتهـد المتجزی «یعلم شیئا.»

١- ١) وسائل الشیعه:١٨-۴.

و قوله علیه السلام: «فانی.» یکشف عن أن القضاء منصب و لیس وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و الروایه تعم زمان الغیبه و الحضور معا، لکن قال المجلسی «قده» هی خاصه بزمان الحضور، و لم یکن القضاه فی ذلک الزمان مجتهدین بل کانوا یروون أحکام الأئمه و یرجعون إلیهم، و فیه: ان ظاهر قوله علیه السلام: «یعلم شیئا.» اشتراط کونه عالما سواء مع الواسطه أو بدونها فلا اختصاص بزمان الحضور، و سواء علم بالکبریات و عرف تطبیقها علی الموارد الجزئیه باجتهاده أو لم یکن کذلک خلافا للعلامه المذکور حیث استظهر منها الدلاله علی اعتبار الاجتهاد.

و الروایه مشتهره بین الأصحاب کما فی المسالک. و هو یجبر ضعف سندها لو کان-یرویها الشیخ الکلینی «قده» عن أحمد بن محمد بن خالد، و طریقه الیه صحیح، و أحمد ثقه و «أبو خدیجه» ضعفه الشیخ و وثقه النجاشی و العلامه فی المختلف و أبو علی فی کتاب الرجال الکبیر، و لدی التعارض بین الجرح غیر المفسر و التعدیل فالتعدیل مقدم (۱)) .

ص:۲۸

الا أن مقتضی قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: «و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الی رواه حديثنا فإنهم حجتی عليكم و أنا حجه اللّه» (۱)) و مقبوله عمر بن حنظله: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فی دين أو ميراث فتحاكما الی السلطان و الی القضاه أ يحل ذلک؟ قال: من تحاكم إليهم فی حق أو باطل فإنما تحاكم الی الطاغوت و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحكم الطاغوت و ما أمر اللّه ان يكفر به، قال اللّه تعالی يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ .

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روی حديثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فانی قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم اللّه و علينا رد و الراد علينا كالراد علی اللّه و هو علی حد الشرک باللّه» (۲)) لزوم كون القاضی مجتهدا.

و هذه الروايه أيضا مشتهره بين الأصحاب كما فی المسالک

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۰۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸-۹۸.

کـذلک، و یکفی لاعتبارها اشـتهارهـا بـالمقبوله بینهم، بل لا یوجـد فی سـندها من توقف فی توثیقه الا «داود بن الحصـین» قال الشیخ:

واقفی، لکن وثقه النجاشی، فهی موثقه معتبره (۱)) .

ص:۳۰

أقول: و يمكن الجمع بين روايتى أبى خـديجه و عمر بن حنظله بـأن يقـال: بـأنه لا تنافى بين منطوقيهما، و انما التنافى بين مفهوم روايه ابن حنظله و منطوق روايه أبى خـديجه، فـإن مفهوم تلـك: من لم يرو حـديثنا و لم ينظر فى حلالنـا و حرامنـا فغير مجعول للقضاء، و منطوق هذه: «. يعلم شيئا.» لكن التنافى هو بالإطلاق

ص:٣١

و التقييـد، فـالمنطوق مقيـد و المفهوم مطلق، و حينئـذ يتقـدم خبر أبى خـديجه لأنه منطوق أولا (۱)) ، و لاـنه مقيـد ثانيا، فتكون النتيجه:

«. قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا» و هو «يعلم شيئا من قضايانا.» .

و قد يقال: ان روايه أبى خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدل على نفوذ حكم من «يعلم شـيئا» سواء كان «راويا» و «ناظرا فى الحلال و الحرام» أولاـ فلاـ يتم الجمع بينهمـا بما ذكر، الا أن يقال: بأن الميزان هو «العلم» كما فى روايه «القضاه أربعه» و أن «الروايه» و «النظر» ليس لهمـا موضوعيه بـل اعتبرا كمقـدمه و طريق لحصول «العلم» . و بعبـاره أخرى: التقييـد ب «الروايه» و «النظر» محمول على الغلبه لا الاحتراز، لانه ظاهر فى الطريقيه لا الموضوعيه حتى يكون وصـفا يحترز به عن الظن ليسـقط حكم غير المجتهد عن درجه الاعتبار، و يؤيـد الحمل المـذكور أنه يبعد جدا أن لا ينفذ حكم من «عرف الاحكام» و لكن لم يرو شـيئا من حديثهم، فلو كان التقييد ب «الروايه» احترازيا كان المعنى: من لم يرو شيئا من أحاديثنا فلا ترجعوا اليه و ان كان عارفا بأحكامنا و عالما بشىء من قضايانا.

و يؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الامام

علیه السلام فی الواقعه ثم یقضون به، کما فی روایه عبد اللّه بن طلحه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «سألته عن رجل دخل علی امرأه.

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: اقض علی هذا کما وصفت لک:

فقال: یضمن موالیه.» (۱).

و فی أخری: «عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لما ولی أمیر المؤمنین علیه السلام شریحا القضاء اشترط علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه» ((۲)) .

و حینئذ فمن «یعلم شیئا.» سواء عن اجتهاد أو تقلید مجعول من قبل الامام علیه السلام حاکما، و یکون حکمه نافذا، و حاصل ذلک نفوذ حکم القاضی العالم بالأحکام تقلیدا فضلا عن المجتهد المتجزی.

الا ـ أن یجمع بین الخبرین بنحو آخر فیقال: ان المعتبره تشترط «العلم بشیء من قضایاهم» أی الاحکام و کیفیه القضاء بین المتخاصمین، و المقبوله تشترط «الروایه» و «النظر فی الحلال و الحرام» و «معرفه الاحکام» ، أی: الاجتهاد، فیکون الشرط المعتبر: الاجتهاد مع العلم بشیء من قضایاهم. جمعا بین الخبرین بناء علی ظهورهما فی المعنیین المذکورین، فلا ینفذ حکم المتجزی فضلا عن المقلد هذا کله بناء علی ظهور معتبره أبی خدیجه فی جعل منصب

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۹-۴۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۶.

القضاء لمن «یعلم شیئا» من قضایاهم علیهم السلام کما هو الصحیح خلافا لبعض علمائنا المعاصرین حیث قال: «ان الروایه غیر ناظره إلی نصب القاضی ابتداء و ذلک لان قوله علیه السلام فانی قد جعلته قاضیا متفرع علی قوله علیه السلام فاجعلوه بینکم و هو القاضی المجعول من قبل المتخاصمین. فالنتیجه أن المستفاد منها أن من جعله المتخاصمان بینهما حکما هو الذی جعله الامام علیه السلام قاضیا، فلا دلاله فیها علی نصب القاضی ابتداء.» (۱) .

أقول: ما ذکره یخالف ظاهر الروایه، لأن قوله علیه السلام «فانی قد جعلته.» تعلیل، أی: لا ترجعوا الی من لیس منکم بل ارجعوا الی من جعلته قاضیا منکم و هو الذی ینفذ فیکم حکمه و ترضون به، أو أن المعنی: إذا تراضیتم بحکم رجل منکم فانی قد جعلت ذلک الرجل قاضیا. فالحاصل ان جعل الامام علیه السلام هو عله نفوذ حکمه و جواز الرجوع الیه.

هذا و العجب من صاحب الجواهر «قده» قوله بعد استظهار إراده الأعم من المجتهد من معتبره أبی خدیجه: «نعم قد یقال بتوقف صحه ذلک علی الاذن منهم علیهم السلام.» مع أن نفس هذه الروایه داله علی الاذن.

ثم قال: «و لو سلم عدم ما یدل علی الاذن فلیس فی شیء من النصوص ما یدل علی عدم جواز الاذن لهم فی ذلک» و فیه: ان

۱- ۱) مبانی تکمله المنهاج:۱-۸.

مجرد عـدم وجود نص على عـدم الاذن لا أثر له، و قـد ذكرنا أن الأصل عـدم نفوذ حكم أحد فى حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل و عدم ما يدل على عدم الاذن ليس بدليل.

قال: «بل عموم ولايتهم تقتضـى ذلک» و لولا كلمه «بل» لارتفع الاشكال و دل الكلام صدرا و ذيلا على أن عموم ولايتهم -مع فرض عدم الدليل على الاذن-دليل، و به يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العباره أن عموم الولايه دليل آخر.

قال: «بل قد يدعى أن الموجودين فى زمن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و انما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم» .

أقول: و هـذا يتم بنـاء على عـدم الفرق بين زمن الحضور و زمن الغيبه. نعم إذا كـان المنـاط تعلم الحكم سواء من السـماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدله أو الأخذ من المجتهد-لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: «و يمكن بناء ذلک بل لعله الظاهر على اراده النصب العام.» .

أقول: يعنى أن مقتضـى «فانى جعلته حاكما» و «فإنهم حجتى عليكم» أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السـلام فيكون للعامى ما للمجتهد. قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من

الخبر الثانى منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسأله حسب الروايات الوارده فى الباب، و بقى الإجماع:

قال فى الجواهر: «و أما دعوى الإجماع التى سمعتها فلم أتحققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسأله أقوالا ثلاثه.» .

أقول: هذه عباره الشيخ فى شرائط القضاء من المبسوط:

«لا ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم و العداله أو لكمال. و عند قوم بدل كونه عالما أن يكون من أهل الاجتهاد، و لا يكون عالما حتى يكون عارفا بالكتاب و السنه و الإجماع و لسان العرب و عندهم القياس. و فى الناس من أجاز أن يكون القاضى عاميا. و الأول هو الصحيح» (۱)) .

و قال فى الخلاف: «لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفا بجميع ما ولى، و لا يجوز أن يشذ عنه شىء من ذلك و لا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضى به. و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عاميا و لا يجب أن يكون عالما بجميع ما وليه

و قال فى القديم مثل ما قلناه، و قال أبو حنيفه يجوز أن يكون جاهلا بجميع ما وليه إذا كان ثقه و يستفتى الفقهاء و يحكم به. و وافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضا توليه الولايه لمن لا يحسنها قبيحه فى العقول بأدله ليس هذا موضع ذكرها بيناها فى غير موضع، و أيضا ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته و ليس على ما قالوه دليل.» .

فالشيخ قدس سره يدعى الإجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين.

فما نسب إليه فى الجواهر عن التنقيح لا وجه له.

و قد ادعى هذا الإجماع أيضا جماعه منهم الشهيد الثانى «قده» .

نعم ان مثل هذا الإجماع-حيث يوجد على معقده أخبار- لا يعتمد عليه، إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هى المدرك له (۱)) ، فهى المرجع و قد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا و لا أقل من دلاله الإجماع و غيره على شهره القول بالاشتراط بين الأصحاب، و ذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدله فى المعنى الذى استظهرناه منها حتى ادعوا الإجماع على الاشتراط، و هذا ما يمنعنا من الجزم

بما استظهرناه و يرجح القول باشتراط كونه مجتهدا مطلقا أو فی خصوص مسائل القضاء، مع أن التصدی للقضاء مع الجهل بالمسائل التی سیبتلی بها و الأدله التی یحتاج إلیها خلاف ما هو المرتکز فی أذهان المتشرعه.

و أما الجاهل العامی فلا یجوز له التصدی قطعا.

و هنا مسائل:

(الأولی) هل للمجتهد أن ینصب مقلده للقضاء؟

قد یقال بالعدم لعدم الدلیل، و نصب المعصوم «ع» القاصر عن درجه الاجتهاد لا یقتضی جوازه للمجتهد، لان له الولایه العظمی الثابته له من اللّه تعالی (۱)) .

و قد یقال بالجواز، لعموم أدله ولایه الفقیه (۲)) الداله علی ثبوت

کل ما للإمام علیه السلام للمجتهد، و من ذلک نصب القضاه، فله أن ینصب مقلده للقضاء بین الناس حسب فتاواه، أو استنادا الی ولایته علی النصب للقضاء خاصه، أو یقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء و لنصب غیره له.

و تحقیق الکلام فی هذه المسأله موکول الی ما تقرر فی مبحث ولایه الفقیه، و کیف کان فان فتوی المشهور باشتراط الاجتهاد فی القاضی تمنعنا من الجزم بالوجه الثانی.

ص:۳۹

(الثانیه)

قال بعض المعاصرین: حکم القاضی فی الشبهه الحکمیه- و هی القضیه التی یکون منشأ الترافع فیها الاختلاف فی الفتوی، کما إذا تنازع الورثه فی الأراضی فادعت الزوجه ذات الولد الإرث منها و ادعی الآخرون حرمانها فتحاکما إلی القاضی-إرشادی لا مولوی، لأنه حینئذ تنجیز للمتنجز و هو تحصیل للحاصل و هو محال، فلا یتصور الحکم فی الشبهات الحکمیه. و علیه یکون المراد من روایه عمر بن حنظله هو الفتوی لا الحکم، و حینئذ تبقی روایه أبی خدیجه بلا معارض (۱) .

و فیه: أولا-انه لا ظهور لروایه عمر بن حنظله فی الشبهه الحکمیه بل النزاع فی «الدین» من حیث الشبهه الموضوعیه أکثر و أظهر، و کذا «المیراث» فقد یترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعیه.

و ثانیا: ان الحکم یعتبر فیه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتباری ینتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بین «الفتوی» و «الحکم» ظاهر و لیست المقبوله ظاهره فی الأولی.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحکام و العلم المعتبر فی القاضی؟

ان کان المراد من «عرف أحکامنا» هو معرفه الاحکام الواقعیه کان المعنی نفوذ حکم من علم بأن حکمه هذا هو حکم اللّه الواقعی فقط، و مع الشک فلا یجوز الرجوع الیه و لا ینفذ حکمه، لأنها

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۶.

شبهه مصداقیه کما إذا قال: أقتد بالعادل، فشک فی عداله زید، فلا یجوز له الائتمام به.

و ان کـان المراد کون الخصـمین عالمین بأنه عارف بأحکامهم علیهم السـلام فما هو الحکم فی صوره اختلافهما فی معرفه هـذه الجهه فیه؟ و بعبـاره أخری: هـل ینفـذ حکم الحـاکم فی القضـیه مع العلم بالخلاـف؟ أقول: لم تلحظ الخصوصـیات فی «الرجل» العالم بشـیء من قضایا الأئمه علیهم السلام، و العارف بأحکامهم، من حیث أنه عالم بالحکم الواقعی أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمین.

فان هـذه الـدقائق لم تکن ملحوظه عنـد الأمر بالرجوع الی هکذا عالم، بل یکفی کون الرجل عالما مشارا الیه بالعلم، و علی هذا عمل الناس فی هذه الأزمنه أیضا، و لیس معنی الروایات هذه مجملا عندهم.

و أمـا فی موارد العلم بالخلاـف فنقول: ان حکم الحاکم ملزم و نافـذ، إلا فی صوره کون أحـد الطرفین عالما بالخلاف، فلو کان المـدعی یعلم بأن المال الـذی یـدعی تملکه لیس له-بل لخصـمه-لکن أحضـر لـدی القاضـی شاهـدین فحکم بأنه له، فان هـذا الحکم لاـ یجوّز له التصرف فی هـذا المـال، لاـنه عـالم بالخلاف و بکـذب دعواه، و لیس عـدم نفوذ حکم القاضـی حینئـذ ردا لحکمه بل انه رد لدعواه نفسه و إقرار بکذبه فیها.

و لو علم المحکوم علیه بمخالفه الحکم للواقع کما إذا علمت

ص:۴۱

المرأه بأنها ليست بزوجه لزيد لكن حكم القاضى بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم-حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان مورد الترافع مالا-فلا يجوز لزيد وطؤها، و على المرأه أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللا للحرام.

فالحاصل: ان حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدس سره: «و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» .

أقول: هذا مما لا يحتاج الى الدليل، فلا بد من أن يكون القاضى ضابطا-بالإضافه إلى العلم-بهذا المعنى (١)) .

ص:۴۲

الکتابه:

قال: «و هل يشترط علمه بالکتابه؟ فيه تردد. و الأقرب:

اشتراط ذلک.» (۱)) .

أقول: ان كان عدم علم القاضـی الجامع للشـرائط بالکتابه موجبا لوقوع الخلل فی الحکم أو مقدماته فهو، و الا فإن الکتابه بنفسها لا ضـروره لها، و علی هذا عمل أصـحاب الحوانيت و الکسـبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فی الدفاتر حذرا من الضياع و النسيان، و أما إذا كان أحدهم متمكنا من حفظ ذلک فلا يكتب.

و مع إخلال الجهل بالكتابه فی الحکم أو مقدماته یشترط العلم بالکتابه فی القاضی مع عدم وجود عارف بها یطمئن الیه و یستعین به و الا فلا حاجه.

٧-الذکوره:

قال المحقق «قده» : «و لا ینعقد القضاء للمرأه و ان استکملت الشرائط» .

أقول: ادعی عدم الخلاف بل الإجماع علی عدم انعقاد القضاء للمرأه، و استدل بوجوه:

الأول: قوله تعالی «اَلرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی اَلنِّساءِ» فإنه ظاهر فی قیمومیه الرجال علی النساء، و لازمها سلطنه الرجال و حکومتهم علیهن دون العکس.

فان قیل: الآیه وارده فی مورد الزوجین.

قلنا: و هل یجوز أن لا تکون المرأه ذات سلطنه فی شئونها مع زوجها و تکون لها السلطنه فی خارج دارها، و علی غیر زوجها من الرجال؟ فان قیل: الآیه المبارکه تنفی ولایه النساء علی الرجال، و أی مانع من ولایه المرأه علی النساء؟ فإنه یقال: بأن ذلک مقتضی الإجماع المرکب.

«بِما فَضَّلَ اَللّهُ بَعْضَهُمْ عَلی بَعْضٍ» (١) قال الفاضل الجواد «قده» :

١- ١) سوره النساء:٣۴.

«أی الرجال علی النساء، و ذلک بالعلم و العقل و حسن الرأی و التدبیر و العزم و مزید القوه فی الأعمال و الطاعات و الفروسیه و الرمی، و ان منهم الأنبیاء و الأئمه و العلماء، و فیهم الإمامه الکبری و هی الخلافه و الصغری و هی الاقتداء بهم فی الصلاه، و أنهم أهل الجهاد و الأذان و الخطبه. الی غیر ذلک مما أوجب الفضل علیهن.

قال فی الکشاف: و فیه دلیل علی أن الولایه انما یستحق بالفضل لا بالتغلیب و الاستطاله و القهر. قلت: هذا مما أجراه اللّه علی لسانه، فانا لم نجد فیمن تقدم علی علی علیه السلام بعد النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فضیله یستحق بها الولایه کما عرف فی محله (۱) .

و لا ریب فی أن جهات الفضیله موجوده فی نوع الرجال-سواء فی ذلک الصفات الخلقیه و الخلقیه-و لیست فی نوع النساء.

و یشهد بذلک ما ذکره الفاضل المذکور من أن فیهم النبوه و الإمامه و الولایه، و لم نجد إلی الان انعقاد القضاء لامرأه، و لو کان ذلک جائزا لتصدی له بعض النساء الفاضلات کالصدیقه الطاهره و عقیله بنی هاشم علیهما السلام و لو بالنسبه الی النساء خاصه، بل ان حضور النساء عند القاضی الرجل-فی حال جواز انعقاده لامرأه-مرجوح مرغوب عنه شرعا.

علی أنا قد استشکلنا فی إمامه المرأه للنساء و اقتدائهن بها فی

۱- ۱) مسالک الافهام الی آیات الأحکام:۳-۲۵۷.

الصلاه لعدم وجود دلیل معتبر یدل علیه (۱)) هذا و الآیه نازله بعنوان حکم الهی فی قضیه رواها الطبرسی (۱)) و هی تدل علی أن للرجال الولایه علی النساء، و لیس لهن علیهم ولایه.

فهی مخصصه لعمومات الحکومه بالعدل (۲)) .

الثانی-قوله تعالی «وَ لَهُنَّ مِثْلُ اَلَّذِی عَلَیْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَهٌ» (۲)فإن هذه الآیه ظاهره فی أن للنساء علی الرجال حقوقا و لکن

ص:۴۶

۱- ۱) مجمع البیان فی تفسیر القرآن:۲-۴۳.

۲- ۲) سوره البقره:۲۲۸.

«لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَهٌ» .

الثالث-قوله تعالى «وَ قَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» (۱) و استلزام تصدى المرأه القضاء للخروج عن البيت و إسماع صوتها الرجال و غير ذلك من الأمور المنهى عنها فى الشرع فى غايه الوضوح، و تعيير الأصحاب و الصحابيات عائشه بنت أبى بكر على خروجها من بيتها إلى البصره -من هذه الجهه-و نهيهم إياها عن الخروج و تذكيرهم لها بأمر اللّه و حكمه بأن تقر فى بيتها مشهور.

الرابع-قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل» . لا يقال: انه ليس للرجل موضوعيه، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصيه فى مثل هذا المقام، و أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى الموضوعيه، فالروايه هذه مقيده للروايات المطلقه ان لم تكن منصرفه عن النساء.

الخامس-ما ورد فى وصيه النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم لأمير المؤمنين عليه السلام المرويه فى الفقيه بإسناده عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام- «يا على ليس على المرأه جمعه-الى أن قال-و لا تولى القضاء» (۲) و هذا النفى وضعى كما لا يخفى، و الروايه و ان كانت غير تامه سندا (۱)) الا أن روايه الأصحاب لها و استدلالهم بها يجبر ضعفها

ص:۴۷

۱- ۱) سوره الأحزاب:۳۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۶.

کما تقرر هذا المعنی بالنسبه إلی حدیث «علی الید.» و نظائره.

و ربما یقال: ان قوله صلی اللّه علیه و آله «لیس علی النساء.

و لا تولی القضاء» لا یدل علی المنع، بل ظاهره عدم الوجوب.

و فیه: لیس الأمر کذلک فی کل مورد، فان هناک موارد جاء فیها «لیس علی.» بمعنی «لا یجوز.» .

السادس-النبوی «لا یفلح قوم ولیتهم امرأه» (۱)) .

السابع-ما عن مکارم الأخلاق: «ان الإقامه للصلاه.

و لا تتولی المرأه القضاء» (۱)) و هی مطلقه تعم الحکم الوضعی و التکلیفی معا (۲)) .

ص:۴۸

۱- ۱) بحار الأنوار ۱۰۳-۲۵۴.

ص:

الحريه:

و هل يشترط الحريه؟ قال فی المبسوط: نعم، و قال المحقق:

الأقرب: انه ليس شرطا.

و قد استدل للأول فی المبسوط و المسالك و غيرهما بأمرين:

أحدهما: ان من كان لغيره ولايه عليه لا يكون ذا ولايه، و الثانی:

ان القضاء منصب عظيم و العبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

و الجواب: أما عن الأول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبره فيه و أذن له المولی فی تصدی القضاء فلا مانع.

و أما عن الثانی: فبأن مقتضی الإطلاقات جوازه للعبد ان كان واجدا للشرائط المعتبره كالحر (١)) .

مسائل

اشاره

فی قاضی التحکیم حکم تولی القضاء هل یجوز الرجوع الی المفضول مع وجود الأفضل عند التعدد؟ هل یجوز للقاضی الاستخلاف؟ . حکم ارتزاق القاضی من بیت المال بم تثبت ولایه القاضی؟ جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد ما یتعلق بانعزال القاضی و عزله هل ینعزل بموت الامام؟ هل تنعقد الولایه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟ هل ینفذ حکم من لا تقبل شهادته؟

ص:۵۱

المسأله الاولی

اشاره

(فی الکلام فی قاضی التحکیم)

قال المحقق «قده» : «یشترط فی ثبوت الولایه اذن الامام علیه السلام أو من فوض إلیه الإمام» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی هذا، و قد أشرنا الی ما یدل علی ثبوته، و هذه الکلمه من المحقق «قده» کمقدمه لقوله بعده:

«و لو استقضی أهل البلد قاضیا لم یثبت ولایته. نعم لو تراضی خصمان بواحد من الرعیه.» .

أقول: أما عدم نفوذ حکم من استقضاه أهل البلد فإنه بالنسبه إلی زمن حضور المعصوم و بسط یده واضح، لأن النبی و أمیر المؤمنین صلی اللّه علیهما و آلهما و سلم کانا یرسلان القضاه إلی البلاد، فلا ینفذ حکم قاض آخر مع وجود القاضی المنصوب من قبل المعصوم. و أما فی زمن الغیبه-أو الحضور مع عدم بسط

الید-فإن الإذن العام الصادر منهم علیهم السلام-کما تدل علیه الروایات-یقتضی نفوذ حکم القاضی الذی استقضاه أهل البلد و طلبوا منه النظر فی مرافعاتهم علی الخلاف فی الصفات المعتبره فیه، و القدر المتیقن هو المجتهد المطلق.

فعلیه: لا ینفذ حکم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط الید و کسب اذنه، و أما فی زمن الغیبه أو عدم بسط الید فالإذن العام یکفی لنفوذ حکم من کان هذا الاذن شاملا له.

و لقد أشکل الأمر هنا علی الأصحاب فقالوا: ان کان من رجع إلیه أهل البلد مجتهدا فالإمام قد أذن فی الرجوع الیه مطلقا، و ان لم یکن مجتهدا فلا اعتبار بحکمه مطلقا، فأی ثمره لهذا الکلام؟ لکن بما ذکرنا ظهرت الفائده فی العباره و علم المراد من عنوان المسأله.

و قیل: المراد من قوله: «لو استقضی» هو القاضی العام فی البلد لعموم أهله. و من قوله «نعم.» هو من استقضاه الخصمان فی واقعه خاصه من غیر أن یعرف بأنه قاضی البلد. أقول: لکن الاولی ما ذکرناه.

هل یشترط الرضا بالحکم بعده؟

قال المحقق «قده» : «و لا یشترط رضاهما بعد الحکم» .

أقول: فی المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ و کفایه الرضا قبل الحکم فلیس لهما الرجوع عن حکمه و لا یشترط رضاهما بعد

الحکم، و قیل: یشترط رضاهما بعد الحکم أیضا.

أقول: مقتضی الدلیل التعبدی تأثیر رضاهما بالحکم بعده فی بعض الموارد مثل کون الدیه علی العاقله (۱)) ، و فی بعض الموارد لا- یتوقف الحکم علی الرضا أصلا کما إذا تنازعا فی الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقق الرضاع الموجب للحرمه فی مورد و قال الأخر بعدمه، فحکم الحاکم حسب القواعد و الأدله، فإنه لا أثر لرضاهما بعدئذ. و الحاصل: ان تأثیر رضاهما علی القاعده إلا إذا دل الدلیل فی مورد علی العدم أو التأثیر بأثر بالنسبه الی غیر المتخاصمین.

و یمکن أن یستدل لکفایه الرضا السابق فی جمیع الموارد بروایه الحلبی قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: ربما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعه فی الشیء فیتراضیان برجل منا. فقال: لیس هو ذاک انما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط» (۱)) بأن یقال: فرق بین لسانها و لسان معتبره أبی خدیجه التی جاء فیها:

«فانی قد جعلته قاضیا» فتلک تعلل نفوذ الحکم بالجعل و هذه بالرضا

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۵. و هی صحیحه.

و ظاهرها نفوذ حكم من رضـى المتخاصـمان من الأصحاب بحكمه إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف و السوط.

نعم يشترط كونه واجـدا للشـرائط المعتبره، و حينئـذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالاذن مطلقا، و على هـذا فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسـبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهـد من دون أثر للرضا. الا أن يدعى دلاله ما فى ذيلها و هو قوله عليه السـلام «انما هو الـذى.» على لزوم الرضا بعـد الحكم، أى بأن يكونان مطيعين للحكم و منفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا و يدل قول المحقق: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب؟

قال: «و يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام» .

أقول: أشـكل عليه بـأن هـذا الكلام لا ثمره له أصـلا، لأنه بعـد اشتراط كونه واجـدا للشـرائط المعتبره فى القاضـى المنصوب من الاجتهاد و غيره يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوبا من قبل الامام عليه السلام و مأذونا له فى الحكم.

و قال جماعه: بأن هـذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الـذى بيده الحكم و نصب القاضـى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجدا للشرائط المعتبره

و ان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبى و أمير المؤمنين عليهما الصلاه و السلام أو مع عدمه فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه ان لم يكن واجدا للشرائط فلا أثر لحكمه و ان كان واجدا لها فقد دلت المقبوله و غيرها على أن من كان كذلك كان مأذونا من قبل الإمام فى الحكم.

و عن بعض المعاصرين تصوير المسأله بحيث يكون لها ثمره فى زمن الغيبه كذلك، لدلاله روايه الحلبى المتقدمه على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده، و انما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط و السيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر يصح الترافع و ان لم يكن واجدا للشرائط، فيكون حاصل البحث: ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره-و ان الحاكم الحق أيضا قد يلتجأ الى السيف و السوط لتنفيذ أحكامه-فمفاد قوله إذا لم يكن سيف و سوط انه ينفذ حكمه و ان لم يكن مجتهدا و يكفى علمه بالحكم فى الواقعه المتخاصم فيها.

و كذا معتبره أبى خديجه فإنها ظاهره فى عدم لزوم الاجتهاد بل يكفى كونه عالما ببعض القضايا، و الرضا بالحكم عله لجواز الرجوع اليه.

و قوله تعالى «إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَماناتِ إِلى أَهْلِها

ص:۵۷

وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: و فى هذا القول نظر، فان الآيه و أمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها و هو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟ و أما روايه أبى خديجه فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع إليه لأنه مجعول حاكما من قبلى فإذا حكم فقد حكم بحكمنا، و مع التسليم بما ذكره فإن النسبه بين هذه الروايه و المقبوله العموم من وجه فيقع التعارض و يتساقطان و يرجع الى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

و لكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقا، و أنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الأخرى لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، و لانه خاص أيضا، بل لقد احتملنا سابقا كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه و النظر فى الاحكام، و المعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون إحداهما مؤكده للأخرى. نعم لا يشترط الإحاطه بجميع الاحكام و القضايا بل يكفى كونه مجتهدا متجزيا (۱))
.

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبوله و المعتبره هو اشتراط كونه مجتهدا كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق و المجتهد

المتجزی، و أما إذنهما لغیرهما للتصدی فیحتاج الی دلیل.

و لو فرض الإطلاق فی «یعلم شیئا» فإن المشهور قد أعرضوا عنه و أفتوا بخلافه و لعله لقرینه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامی قاضیا للتحکیم مشکل جدا (۱)) .

ص:۵۹

و هل يشترط الأعلميه؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، و الأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر و الحرج.

و هل يشترط الأعلميه فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، و أما الكبيره فإنه يستلزم العسر و الحرج و الأدله مطلقه.

و أما قول أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده لمالك رضى اللّه عنه: «اختر أفضل رعيتك» (۱)) فظاهر فى الأولويه.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۳ و عهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الأشتر رضى اللّه عنه مذكور فى نهج البلاغه.

و قال صاحب الجواهر «قده» باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسداديا، لان الانسدادى غير عالم و قد اعتبر الشارع كونه عالما بالأحكام. إلا إذا كان عالما و قاطعا بحكم اللّه تعالى و ان كان عن طريق ظنى لان ظنيه الطريق لا تنافى قطعيه الحكم، و أما مع كونه ظانا بالحكم فى حينه فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه.

أقول: و هذا متين إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء فى عصر من العصور انسداديين.

قال المحقق «قده» : «و يعم الجواز كل الأحكام» .

أقول: هذا إشاره إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا فى هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه فى بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه فى الغيبه:

قال المحقق: «و مع عدم (۱)) الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت.» (۲))

و لو عدل و الحال هذه الی قضاه الجور کان مخطئا» (۱)) .

أقول: و فی الجواهر: نعم لو توقف حصول حقه علیه و لو

ص:۶۲

لامتناع خصمه عن المرافعه الا إليهم جاز. و قال السيد «قده» فی العروه: لا یجوز الترافع الی قضاه الجور اختیارا و لا یحل ما أخذه بحکمهم إذا لم یعلم بکونه محقا الا من طرف حکمهم، و أما إذا علم بکونه محقا واقعا فیحتمل حلیته.

أقول: لکن الروایه (۱)) تدل علی عدم جواز الأخذ بحکمهم و ان کان حقا، الا أن تحمل الروایه علی صوره شکه بکونه محقا و أن أخذه بحکمهم حالکونه شاکا غیر جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروایه صوره العلم و لم یبعد کلام السید قدس سره.

و عن الکفایه: ان حکم الجائر بینهما فعل محرم و الترافع إلیه یقتضی ذلک فیکون اعانه علی الإثم و هی منهی عنها. و أجاب فی الجواهر بمنع کونه إعانه أولا و منع حرمتها ثانیا.

أقول: أما الحکم فإنه یصدر من القاضی اختیارا و لیس الترافع إلیه اعانه علیه لانه لیس له أثر فی تحققه-فلیس من قبیل إعطاء السوط

ص:۶۳

لأجل الضرب ظلما-و ان كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمرا، فان كلامه هذا ليس مؤثرا فی تحقق القتل مع فرض اختيار زيد و قدرته على الترک. هذا وجه ما ذکره أولا.

و وجه ما ذکره ثانيا هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صوره عدم توقف إنقاذ الحق و احقاقه على الترافع اليه، فيکون حکمه فی هذا المورد الخاص غير محرم و ان کان فی سائر الموارد حراما، و إذ ليس هذا الحکم اثما فليس الترافع إليه اعانه على الإثم.

هذا ان أراد عدم حرمه الحکم، و يمکن أن يراد عدم حرمه هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع الى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب و استرجع الحق منه کان رجوعه إليه اعانه على الإثم-إذ لو لم يرجع اليه لما ضربه-و لکنها و الحال هذه ليست اعانه محرمه، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه و حفظ المال.

أقول: لکن مقتضى ذلک هو القول بعدم حرمه هذا الضرب أيضا.

هذا و استدل فی الجواهر بخبر على بن محمد قال: «سألته هل نأخذ فی أحکام المخالفين ما يأخذون منا فی أحکامهم؟ فکتب عليه السلام: يجوز لک ذلک ان شاء اللّه إذا کان مذهبکم فيه التقيه و المداراه لهم» (۱)) قال: بناء على ما فی الوافی من أن: المراد هل

ص:۶۴

يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعنى إذا اضطر اليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: ان كان هـذا معنى الروايه كانت هـذه الروايه معارضه لروايه ابن حنظله الـداله على أن المأخوذ بحكمهم سـحت و ان كان حقـا ثابتا، الا أن تحمل تلك على صوره التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر و تحمل هـذه على صوره الانحصار و الضـروره، أو تحمل هذه على صوره العلم بكونه محقا و تلك على صوره الجهل أو الشك بكونه حقا له كما تقدم.

و يحتمـل أن يكون المراد: انهم يقولون-مثلاـ-بصـحه الطلاـق ثلاثا فى المجلس الواحـد و نحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم و فتاواهم و نعاملهم بحسـبها؟ فتكون نظير «ألزموهم ما ألزموا به أنفسـهم.» (١)) و تخرج بذلك عن مبحث القضاء.

و عن على بن الحسـين عليهمـا السـلام: «إذا كنتم فى أئمه الجور فامضوا فى أحكامهم و لا تشـهروا أنفسـكم فتقتلوا و ان تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم» (١)) .

١- ١) التهذيب:٢-٢١٠.

و مورد هذه الروایه خصوص حال التقیه، و العبادات فی تلک الحال صحیحه نصا و فتوی، أما المعاملات فلو عامل طبق أحکامهم تقیه فهل تصح حالکونها باطله عندنا؟ قال فی الجواهر: لم یحضرنی الان کلام للأصحاب بالخصوص. أقول: و کیف کان فهی وارده فی حال التقیه و لا مناسبه لها بمورد انحصار طریق الاستنقاذ بذلک، إلا إذا کان الانحصار من جهه التقیه فهی داله علی الجواز حینئذ.

و فی المسالک: «یستثنی منه ما لو توقف حصول حقه علیه فیجوز کما یجوز الاستعانه علی تحصیل الحق بغیر القاضی، و النهی فی هذه الاخبار و غیرها محمول علی الترافع إلیهم اختیارا مع إمکان تحصیل الغرض بأهل الحق و قد صرح به فی خبر أبی بصیر (۱) عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «فی رجل کان بینه و بین أخ له مماراه فی حق فدعاه الی رجل من اخوانه لیحکم بینه و بینه فأبی الا أن یرافعه إلی هؤلاء کان بمنزله الذین قال اللّه عز و جل أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ. الآیه» .

أی فإنها ظاهره بل صریحه فی اختصاص النهی عن الترافع

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۳.

إليهم بصوره التمكن من الترافع إلى القاضى العدل، و قد وافقه فى الجواهر على ذلک و أضاف: بأن الإثم حينئذ على الممتنع.

و قد استدل لجواز الترافع إلى الجائر حتى مع التمكن من العادل ان كان عالما بكونه محقا بخبر ابن فضال قال: «قرأت فى كتاب أبى الأسد الى أبى الحسن الثانى عليه السلام و قرأته بخطه سأله: ما تفسير قوله تعالى وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَى اَلْحُكّامِ ؟ فكتب بخطه: الحكام: القضاه. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذه ذلک الذى قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (۱) .

أقول: و التحقيق أنه لو لا أدله النهى المطلقه لحكمنا بجواز الترافع الى قضاه الجور مع العلم بالحق أو الشک سواء تمكن من الترافع الى العادل أو لا بمقتضى الآيه الكريمه و الروايه الوارده فى ذيلها، لكن الآيه مطلقه و تلک الأدله وارده فى خصوص قضاه الجور و أنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشک فيه، فمقتضى الجمع جواز الرجوع الى الحاكم الجائر فى صوره العلم أو الشک بكونه محقا مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضى العادل، و أما فى صوره العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقا كما لا يجوز الترافع الى قضاه الجور فى صوره التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محقا.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۵.

و استدل المحقق الآشتیانی للجواز فی صوره توقف أخذ الحق علی التحاکم الی قضاه الجور بقاعده نفی الضرر و الضرار فی الشریعه. و فیه: ان قاعده نفی الضرر لا ترفع الضرر، أی:

ان الحکم بحرمه الترافع إلیهم فی صوره التوقف ضروری و لکن لا دلاله للقاعده علی کون عدم نفوذ حکمه حینئذ ضرریا کذلک، فلا تقتضی القاعده هذه الا رفع الحرمه التکلیفیه، و أیضا: ان کان معنی «السحت» فی قوله علیه السلام: «و ما یحکم له فإنما یأخذ سحتا و ان کان حقه ثابتا» بمعنی الإثم رفعته قاعده نفی الضرر، و أما ان کان بمعنی حرمه الأکل فإنه حکم ضرری مجعول، و من المعلوم أن القاعده لا ترفع الحکم الضرری المجعول.

ص:۶۸

المسأله الثانیه

اشاره

(فی حکم تولی القضاء)

قال المحقق «قده» : «تولی القضاء مستحب لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه و ربما وجب و وجوبه علی الکفایه.» .

أقول: فیه مطالب: الأول: تولی القضاء مستحب، و ظاهر کلامه أنه مستحب ذاتا. الثانی: انه لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه.

الثالث: انه قد یجب. الرابع: وجوبه حینئذ کفائی.

و فی الدروس: و لو وجد غیره ففی استحباب تعرضه للولایه نظر من حیث الخطر و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن یثق من نفسه القیام به.

و فی الروضه: و فی استحبابه مع التعدد عینا قولان: أجودهما ذلک مع الوثوق.

و فی کشف اللثام: و یستحب التولیه علی الأعیان الا من وجبت علیه عینا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا.

و فی الریاض: استحبابه-أی قبوله-عینی، فلا ینافی ما قدمناه من أنه واجب کفائی (۱)) .

ص:۷۰

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائى، و هو: ما وجب إتيانه على الكل و يسقط بإتيان البعض بخلاف العينى و سقوط الوجوب يكون إما بالإطاعه و اما بالعصيان و اما بارتفاع الموضوع، و محل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلفين على الميت فإنه لا يبقى موضوع للوجوب، إذ لا يجب إلا صلاه واحده عليه، و لما كان الوجوب و الاستحباب ضدين فكيف يكون الشىء الواحد واجبا و مستحبا معا؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحبا عينيا كيف يكون واجبا لا يجوز تركه و أنه إذا ترک فالكل معاقبون على ذلک؟ و قيل: الواجب الكفائى ما يجب فعله على المجموع. و لم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف و ما ذكرناه.

فالحاصل: دعوى عدم التنافى بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عباره المحقق، و أما الذين لا يوافقون على ذلک فقد حاولوا توجيهها، ففى المسالک:

وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لعظم فائدته تولاه النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم و من قبله من الأنبياء بأنفسهم لامتهم

ص:٧١

و من بعـدهم من خلفـائهم، و حينئـذ فحكم المصـنف باسـتحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كـان من أهله، أو على فعله لأـهله فى حـال الغيبه حيث لاـ يتوقـف على اذن خـاص. و قوله «و ربمـا وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له و فيما إذا انحصـر الأمر فيه و لم يعلم الامام به أو لم ينحصـر بالنظر الى الوجوب الكفائى أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأـمر بـالمعروف فى حال الغيبه. و قوله «و وجوبه على الكفايه» يعنى به على تقـدير وجوبه عنـده، و انمـا يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه و لم يعينه عليه الامام و الا كان وجوبه عينيا كغيره من فروض الكفايات إذا لم يحصل منها الا فرد واحد.

أقول: ان كـان مراد المحقق «قـده» تولى القضـاء و التصـدى لهـذا المنصب فـإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الـذى لا حكم وجوبى عليه–الا فى حال تعيين الامام و نصـبه–فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، و لا مورد للاستحباب غيره، فان نصبه كان واجبا عينيا و ان نصب جماعه كان كفائيا، و لا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائى.

و ان كـان المراد أن يجعـل نفسه فى معرض ترافع الناس اليه –و ان كان هناك قاض–فان كان التصـدى واجبا عليه كان تعريض نفسه لـذلك واجبـا كـذلك من بـاب المقـدمه، و ان كـان واجبا عليه و على غيره كفايه كان ذلك واجبا عليه من باب المقـدمه كذلك إذ لا يكون

ذو المقدمه واجبا و المقدمه مستحبه.

و ان كان المراد من التولى نفس القضاء و فصل الخصومه فإن كان فى زمن الحضور و قد نصب لذلك و أمر به كان واجبا عينيا عليه و مع الاذن العام يكون واجبا كفائيا فلا يتصور الاستحباب.

و ان كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كان واجبا عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: ان من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذا كان وجوب القضاء عليه كفائيا سواء وجد غيره أيضا لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفائى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، و هذا هو مراد من عبر بالواجب العينى حينئذ.

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب.

و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامه فحكم بكراهته لعظم خطره و نظرا إلى الأحاديث المحذره. و أجيب عنه فى المسالك و غيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره و لزوم شده الاحتياط فيه.

ثم ان الاحكام التى ذكرها المحقق «قده» فى هذه المسأله بالنسبه إلى زمن الحضور (۱)) لا ثمره للبحث عنها بالنسبه إلينا، نعم

يحتمل وجود الثمره فى قوله: «و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام: قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع.» .

أقول: وجه ما ذهب اليه المحقق «قده» : أن الامام لا يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العينى، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين فى واجب كفائى لم يخرج بذلك عن كونه كفائيا و لا يلزم بامتثاله مع وجود غيره.

و وجه ما ذكره الشيخ «قده» فى الخلاف: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم و تغيره-لا أنه يجتمع حينئذ حكمان- فيكون كحال الاضطرار و طرو العنوان الثانوى.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق و الشيخ فى المسأله لاختلاف الموضوع، و أن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائى عينيا بالعنوان الاولى.

قال المحقق: «و لو لم يعلم به الامام وجب أن يعرف نفسه.» .

أقول: علم الامام عليه السلام بالأمور يكون فى ظرف ارادته و اشاءته لان يعلم به (۱)) ، فعلم الامام كبصر البصير، و دليل الوجوب فى حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف فيكون -بناء عليه-واجبا من باب المقدمه. و هذه العباره كالتمهيد لقوله:

هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء؟

«و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوه» .

أقول: أما فى زمن الحضور فلا مورد لهـذا الفرع كما هو واضح، و أما فى زمن الغيبه حيث الأمر بيد السلطان و لا قاضـى يقضـى بـالحق فـإن راجعه فـاشترط عليه بـذل مـال فهل له أن يبـذله لتصـدى ذلك لغرض الحكم بالحق و إجراء الأحكام الإلهيه و أداء الواجب عليه؟ لاـ يبعـد الجواز بـل الوجوب مقـدمه للواجب، نظير الضـرائب التى تعينهـا الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحج حيث يجب دفعهـا مع الإمكـان لأجل التمكن من أداء الواجب. هـذا مع انحصار القاضـى به و الا فلا وجوب، و يشترط-على أى حال-أن يثق من نفسه القيام بالحق و الالتزام بالأحكام، و ليس هذا رشوه و لا كالرشوه.

نعم يحرم هذا المال على آخذه.

ص:٧٥

المسأله الثالثه

(هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الأفضل) ؟

قال المحقق «قده» : «إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضيله مع استكمال الشرائط المعتبره فيهما، فان قلد الأفضل جاز» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال فی ذلک، و فی الجواهر: و ان كان المفضول أورع، لأن الملاک-و هو العداله المانعه من الاقتحام فی المحرمات و ترک الواجبات-موجود فی كليهما، و الشرائط المعتبره متوفره فيهما، و الأعلم مقدم على غيره.

قال المحقق «قده» : «و هل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد، و الوجه الجواز، لان خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراک المفضول و الأفضل معا فی الأهليه و لزوم العسر و الحرج على العامی فی معرفه الأفضل، و أن الصحابه كانوا يتصدون لذلک من غير توقف و لا إنكار مع أنهم كانوا متفاوتين

فی الفضیله، فکأنهم قد أجمعوا علی جواز ذلک.

و أجیب عن الأول: بأن الأهلیه لکل منهما تجوز التصدی و توجب نفوذ الحکم، و لکن جواز رجوع المترافعین الی المفضول مع وجود الأفضل أول الکلام.

و عن الثانی: بأنه ان کانت معرفه أصل الأهلیه ممکنه له فإن معرفه الأعلمیه ممکنه أیضا.

و عن الثالث: بأن الأصحاب الذین أعرضوا عن أمیر المؤمنین علیه السلام و هو الأفضل من جمیع الجهات و صاحب الولایه العظمی بنص من اللّه عز و جل و رسوله صلی اللّه علیه و آله و سلم لیس عملهم حجه عندنا.

و وجه المنع: انه مقتضی مقبوله عمر بن حنظله (۱)) .

ص:۷۷

و فيه: ان هـذا فى ظرف المعـارضه، و أمـا فى غيره فلاـ دليـل على تقـدم قـول الأـعلم. بـل يفهم من المقبـوله نفسـها أن لكليهما صلاحيه الحكم و أهليته، و انما حكم الامام عليه السـلام بتقدم قول الأعلم لدى الاختلاف بينهما. و يشـهد بهذا قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل منكم يعلم.» و الا لقال من أول الأمر: .

الى رجل أعلم.

و أن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

و فيه: ان هـذا أول الكلاـم، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى. سـلمنا و لكن ما الـدليل الشـرعى على تقـدم ما يفيد الظن الأقوى؟ (۱)) .

و قد رتب فى المسالك القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير فى تقليد من شاء منهم؟ و فيه: أن

الظاهر كون الملازمه من طرف واحد كما سيتضح ذلک قريبا، و كأن صاحب الجواهر «قده» وافقه على هذه الملازمه-و ان لم يصرح بها-لاستدلاله بنفس هذه الأدله للقول بجواز العدول عن الأفضل و ان أجاب عنها بعد ذلک بمثل ما تقدم منا فى الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلک الملازمه فإنه قال: الوجه الجواز لان خلله ينجبر بنظر الامام، و هذا يرتبط بحال حضور الامام عليه السلام و نصبه للمفضول و لا يفيد بالنسبه الى حال الغيبه، فيكون فرض المسأله خاليا عن الثمره ضروره أنه عليه الصلاه و السلام أعلم بما يفعل حينئذ و لا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلک له و عدمه (۱)) .

و فى المستند اختار الجواز للأصل و الإطلاقات.

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل» ، لأن مورد الشک ان كان جواز التصدى للمفضول و عدم جوازه فلا ريب فى أن الأصل

هو البراءه، و ان کان نفوذ حکم المفضول و عدم نفوذه فلا ریب فی أن مقتضی الأصل عدم النفوذ.

و أما التمسک بإطلاقات الروایات فلا بأس به، لان الروایات الوارده فی الباب مطلقه، ففی إحداهما: «. یعلم شیئا.» و فی أخری: «. عرف أحکامنا و نظر فی حلالنا و حرامنا.» .

لا یقال: ان هذه الاخبار فی مقام الردع عن الترافع الی قضاه الجور و الأمر بالترافع الی قضاه الحق و العدل فلا إطلاق فیها.

لأنا نقول: ان الراوی یسأل الإمام علیه السلام قائلا: «فکیف یصنعان» ؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعلم لبین ذلک و الا لزم تأخیر البیان عن وقت الحاجه، لا سیما مع التفات الراوی إلی الجهات المختلفه و أنه لو اختلفا فکیف یصنع؟ ثم ان الراوی لم یسأل الإمام علیه السلام عن اشتراط الأعلمیه و عدمه و هذا یشهد بفهمه الإطلاق من کلام الامام علیه السلام.

اللهم الا أن یدعی تقییدها بما ورد فی ذیل المقبوله و هو قوله علیه السلام «. أفقههما.» . لکن یجاب عن ذلک بأنه ناظر الی خصوص حال التعارض کما تقدم، أی: انها مقیده فی موردها لا بنحو الإطلاق، بمعنی أنه یقدم حکم الأفضل منهما لدی الاختلاف فقط.

و قال السید «قده» : لا یبعد قوه هذا القول-یعنی: تقدیم الأعلم-لکون الإطلاقات مقیده بالأخبار الداله علی الرجوع الی المرجحات عند اختلاف الحاکمین من الافقهیه و الاصدقیه و الأعدلیه

ص:٨٠

مع إمكـان دعوى عـدم كونهـا إلاـ فى مقـام بيـان عـدم جواز الرجوع الى قضـاه الجور فلاـ إطلاق فيها. و دعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هى العمـده فى المقام خصوص صوره اختيار كل من المترافعين حاكما أو صوره رضاهما بحكمين-فاختلفا، فلا دلاـله فيها على وجوب الرجوع الى الأعلم مطلقا-مـدفوعه: بأن الظاهر منها أن المـدار على الأرجـح عنـد التعارض مطلقا كما هو الحـال فى الخبرين المتعارضـين، بـل فى صوره عـدم العلم بالاختلاـف أيضـا لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هـذا إذا كان مـدرك الحكم هو الفتوى و كـان الاختلاـف فيهـا بـأن كانـا مختلفين فى الحكم من جهه اختلاـف الفتوى، و أما إذا كان أصـل الحكم معلوما و كان المرجع إثبات الحق بالبينه و اليمين و الجرح و التعديل و نحو ذلك فلا دلاله فى الاخبار على تعين الأعلم.

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه: أحـدها: تقـدم قول الأعلم مطلقا. و الثانى: تقـدم قوله لـدى الاختلاف، و الثالث: انهما إذا رجعـا إليهمـا فحكمـا بحكمين مختلفين قـدم قـول الأـعلم، و الاـ فيجـوز الرجوع الى المفضول ابتـداء حـتى مع العلم أو احتمـال الاختلاف بينهما فى الحكم.

و الروايات المقيده وارده فى مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، و هى غير متعرضه إلى صوره المراجعه ابتداء.

الاـ أن يقـال: انه لما كان قول الأعلم هو المقـدم حكم الامام عليه السـلام بتقـدمه فى صوره التعارض و الا لما حكم بـذلك فى تلك الصوره.

بل ان السيد «قده» يقول بعدم جواز المراجعه الى غير الأعلم لو لم يعلم بموافقه فتواه لقول الأعلم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

و على هذا يجب على المراجع الى غير الأعلم مراجعه الأعلم من ذى قبل، فان لم يجده مخالفا لفتوى غيره جاز رجوعه الى غير الأعلم، و لكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الاخبار و الا فلا وجه له، و لعله من هنا قال فى الجواهر بمنعه كل المنع.

هذا و التوسعه فى الترافع و عدم وجوبه إلى الأفضل لا يلازم التوسعه فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل الى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيه، و يكون فتوى الأعلم هناك أقرب الى الواقع، أما هنا فان اشتراط ذلك يؤدى الى التضييق على المكلفين، فالتوسعه هنا نظير التوسعه فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، و لانه ليس الغرض هنا الوصول الى الواقع فقط. و على هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلم فى حق الأعلم إذا كان طرفا فى النزاع و عدم جواز الرد عليه، لان الغرض فصل الخصومه لا كون القضاء طريقا الى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب اليه.

و مما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: ان قول الأعلم يفيد الظن الأقوى قياسا على الدليل فى مورد التعارض، ففيه كما تقدم سابقا لو سلمنا كون الظن الحاصل من قول الأعلم أقوى-انه ليس الغرض

هنا تحصيل الواقع.

و كـذا قولهم: ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح، و لذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه السـلام، لان ذلك فى الإمـامه العـامه و الرئـاسه الكـبرى حيث الغرض منهـا إجراء الأحكـام الـواقعيه و الوصـول الى الواقع، لكن الغرض هنـا فصـل الخصومه و حسم النزاع و قد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص:٨٣

المسأله الرابعه

اشاره

هل يجوز للقاضی الاستخلاف؟

قال المحقق «قده» : «إذا أذن له الإمام فی الاستخلاف جاز.» .

أقول: تـاره يبحث عن ذلـک فی زمن الحضور، و أخری فی زمن الغيبه، أمـا بالنسـبه إلی زمن الحضور فـان نصب الإمام أحـدا و أذن له فی الاسـتخلاف فلاـ کلاـم فی الجواز و ان صـرح بالمنع فلا کلام فی عـدمه، و ان أطلق فإن کان هناک شاهـد حال مثلا علی الاذن فيه کإرسال الوالی إلی بلاد واسعه بحيث لا تضبطها اليد الواحده فهو و الا فلا (۱)) .

و لا ثمره عمليه لنا فی البحث عن ذلک، نعم فيه ثمره علميه،

ص:۸۴

فقـد ذكروا فی کتاب الوکاله أن کل ما اشترطت فیه المباشـره شـرعا فلا یقبل الوکاله و کل ما لم یشترط فیه ذلک جاز التوکیل فیه (۱)) .

و جعـل الإمـام القاضـی فی زمن الحضور یـدل علی أن القضـاء من الأـمور القـابله لقیـام الغیر بها و لا یشترط فیه المباشـره، فیقع الکلاـم فی أن ذلـک توکیل منه علیه السـلام-أی: أن القاضـی المنصوب من قبله انما یقضـی وکاله عنه-أو أنه تولیه منه له علی الحکم، کما جعل الأب و الجد له ولیا علی الصـغیر، فیجوز له التوکیل لغیره فی الأمور التی تخصه کما یجوز له جعل الولی علیه بعـد الموت لیقوم بـأموره؟ ان کان جعله من باب الوکاله تم ما ذکره المحقق «قـده» من أنه إذا أذن له فی الاسـتخلاف جاز، لانه یکون حینئـذ وکیلاـ فی القضاء و وکیلا فی التوکیل فیه، و ان کان جعله من باب الولایه فلا حاجه الی الاذن فی اسـتخلاف غیره للقضاء فیجوز له اسـتخلاف من کان واجدا للشرائط المعتبره فی القاضی، نظیر من جعلت له الولایه فی أمور الصغیر من قبل ولیه لیکون ولیا علیه بعد موته، فإنه یجوز له حینذاک توکیل غیره فی القیام بالأمور من قبله.

و کذا الأمر بالنسبه الی من عین لأجل القیام بأمور وقف من قبل

ص:۸۵

حاكم الشرع، فان كان وكيلا فى ذلك لم يجز له استخلاف غيره الا مع الاذن الصريح أو شاهد الحال، و لو مات الحاكم بطلت وكالته، و أما إذا جعل الولايه له عليها لم يجب عليه الاستئذان فى الاستخلاف، و لا معنى لان يكون وليا بشرط المباشره، و لم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه ان كان الجعل بنحو الوكاله فعليه إحراز الاذن فى الاستخلاف، و ان كان بنحو الولايه فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكاله؟

و أما بالنسبه إلى زمن الغيبه فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذنا أو وكاله أو ولايه؟ فيه خلاف، فعن جامع المقاصد: ان القضاء من الأمور القابله للتوكيل، و مال إليه فى الجواهر، و عن المسالك عدم الجواز. أقول: لا نص فى المسأله و لا يمكن الجزم بوجوب المباشره فى القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بد من المراجعه الى الأصل. قال فى وكاله الجواهر: ان المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكاله فى كل شىء، ثم ذكر الأصل و عموم أدله الوكاله. قلت: أما الأصل الذى ذكره-و هو عدم اشتراط المباشره فى القضاء-فإنه معارض بأصاله عدم ثبوت جواز القضاء بالوكاله، و ما أفاده فى الجواب من أن أصاله عدم جريان الوكاله فيه منقطعه بمشروعيه الوكاله، مندفع بأن المشروعيه لها موارد هى القدر المتيقن من ذلك، و هناك موارد لا تجوز فيها

الوكاله قطعا، و موارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصاله عدم الوكاله بمشروعيه الوكاله بنحو الإهمال، لأنه مع الشك فى أصل المشروعيه فالأصل عدمها.

و الحاصل: ان المباشره ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، و حينئذ لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، و لو سلمنا جريانه فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره فى أمر القضاء.

و أما الأدله العامه فإن إرجاع القاضى أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التوليه له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلک للحاكم كأن يجعله متوليا على موقوفه أو وليا على الصغار للقيام بأمورهم، و اما يكون عن طريق التوكيل، بأن يوكله فى أمر القضاء كما تجوز الوكاله فى أمور أخرى كالبيع و الطلاق و نحوهما.

لكن الولايه ان كانت من جهه أن لازم جعل الحكومه صلاحيه الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفاده هذه الناحيه من أدله الجعل و هى غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى «كالروايه» و «النظر» و غير ذلک و هذا تحديد من الامام و كون القاضى متمكنا من جعل من ليس متصفا بتلك الصفات معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الامام و هذا لا يقول به أحد.

و نحن فى التوليه على الأوقاف لا نقول بجواز توليه المتولى غيره، لان جعل الحاكم إياه متوليا لا يستلزم جواز جعله غيره متوليا عليها بعد موته.

ص:٨٧

و ان کـانت من جهه تنزیل الامام الحاکم منزلته و إثبات الولایه العامه له فله أن یجعل مقلـده کما للإمام علیه السـلام أن ینصـب للقضاء غیر المجتهـد، ففیه: أن الامام قـد تعرض لأمر القضاء و للنصب له کلا علی حـده و انفراد، و هـذا یـدل علی عدم شـمول التنزیـل لأمر القضاء و أنه لم یجعل القاضـی نازلا منزلته، و مع الشک فی جعل الولایه له علی نصب غیره فالأصل العـدم کما هو واضح.

فالحاصل: عدم تمامیه إرجاع أمر القضاء الی المقلد عن طریق الولایه.

و أمـا الوکـاله فهی ثابته و جائزه فی کثیر من العقود، و لکن ثبوتها فی القضاء یتوقف علی وجود دلیل خاص علی جواز التوکیل فیه أو دلیل عام یدل علی أن کل أمر یجب صدوره من المکلف یجوز التوکیل فیه الا ما اسـتثنی کالنذر و الایمان و نحوهما. أما الـدلیل الخـاص فغیر موجود، نعم هناک دلیل یمکن الاسـتدلال بإطلاقه، و هو قوله علیه الصـلاه و السـلام: «من وکل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبدا حتی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول فیها» (۱)) .

ص:۸۸

و تقریب الاستدلال: انه لا ریب فی أنه إذا لم یکن المتکلم فی مقام بیان جهه من جهات الکلام لم یجز التمسک بالإطلاق بالنسبه إلیها، و هذه الروایه تدل علی مضی الوکاله فی کل أمر یجوز فیه التوکیل، و أن الوکاله باقیه حتی الاعلام بالعزل، و لیست فی مقام الدلاله علی صحه الوکاله بأی نحو کانت، الا أنه قد یکون لتلک الجهه التی ینظر إلیها المتکلم فی الکلام لازم فیجوز أن یتمسک بالکلام بالنظر الی ذلک اللازم، مثلا قوله تعالی: «. فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَیَمَّمُوا .» فی مقام تشریع التیمم عند فقدان الماء، فیجب علی فاقد الماء التیمم، و لکن یجوز التمسک بإطلاق «الماء» فیها-بأن یقال المراد عدم وجدان مطلق ما یصدق علیه الماء-و ان لم تکن الآیه الکریمه ناظره الی هذا الحیث، لان لازم تشریع التیمم بیان أنه متی یجب التیمم، فنقول: ان الآیه بإطلاقها تدل علی أنه متی لم یوجد ما یصدق علیه الماء یجب التیمم.

و هنا کذلک، فإن الإمام علیه السلام فی مقام بیان أن الوکاله إذا ثبتت کان عمل الوکیل فی ما وکل فیه ماضیا حتی یعلمه بالعزل، و لکنه قال قبل ذلک «علی إمضاء أمر من الأمور» و لازم هذا جواز الوکاله فی کل أمر لم یقم دلیل علی عدم جوازها فیه، و الا لبین ذلک فی نفس الکلام، فیجوز التمسک بإطلاق هذا الکلام بأن یقال بجواز

الوكاله فى القضاء لأنه أمر من الأمور عند العرف و لم يقم دليل شرعى على عدم قابليه القضاء للوكاله.

فالظاهر تماميه هذا الإطلاق و أنه لا- مانع من التمسك به (۱)) الا- إذا قيل بأن القضاء من الأمور التى يعتبر فيها أهل العرف المباشره و لا يقبل التوكيل عندهم لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكاله فيه، و وجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفا.

هذا، و قد جوز بعض المانعين التوكيل فى مقدمات الحكم كاستماع الشهاده و التحليف، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلا- للوكاله فالحكم بالأولويه. و وجه ذلك ما ذكرناه سابقا من أن أهل العرف يقسمون الأمور الى ما يقبل الوكاله و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع و الشراء، و من الثانى: الأكل و الشرب، فصاحب الجواهر يقول انه ان جازت الوكاله فى استماع الشهاده و التحليف -مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها و بتحليف المنكر- كانت جائزه فى نفس الحكم بالأولويه.

و الصحيح: أن كل أمر كان للوكاله عرفيه فيه و لا منع من قبل الشرع كان مشمولا ل «الأمور» فى الروايه المذكوره، و اللّه العالم.

ص:۹۰

المسأله الخامسه

اشاره

فی حکم ارتزاق القاضی من بیت المال

قال المحقق «قده» : «إذا ولی من لا یتعین علیه القضاء فان کان له کفایه من ماله فالأفضل أن لا یطلب الرزق من بیت المال (۱)) ، و لو طلب جاز لانه من المصالح، و ان تعین علیه القضاء و لم یکن له کفایه جاز له أخذ الرزق، و ان کان له کفایه قیل: لا یجوز له أخذ

ص:۹۱

الرزق لانه يؤدى فرضا» .

أقول: ارتزاق القاضـى من بيت المال ان لم يكن له كفايه من ماله جائز سواء كان القضاء متعينا عليه أولا، فله أخذ مؤنته من بيت المال، و الحاكم يعطيه منه لا بعنوان الأجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسـلمين التى أعد لها بيت المال. و ان كان عنده ما يكفى المؤنه فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الأجره على القضاء قهرا، فيدخل فى مبحث (۱)) جواز أخذ الأجره على الواجبات و عدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام فى أخذ الأجره على الواجبات:

ان العمـل الـذى يقوم به الإنسـان المكلف تاره يكون ذا منفعه و أخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه فلا معنى لان يطالب بالعوض سواء كان واجبا أو لا، و ان كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له جاز له المطالبه بالعوض منه فى صوره عدم منافاه أخذ

العوض للعمل المطلوب منه إتيانه، فلو أمره زيد بالخروج للصلاه على ميت فطالبه بشىء فى مقابل امتثاله-الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها و قد كان واجبا عليه كذلك-جاز، و لكنه يتنافى مع قصد القربه المعتبر فى الصلاه على الميت، فيشكل أخذ الأجره على فعله هذا، الا بأن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالا لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فان قام بالعمل اطاعه لزيد جاز أخذ الأجره و ان كان لا بقصد ذلك لم يجز، و حينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع اللّه و يمتثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربه فى العمل لم يجز له الأخذ لعدم صلاحيه هذا العمل للمقربيه، و ان قلنا بأن كونه داعيا إلى الداعى لا يضر بقصد القربه و أنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى و لا يضر فى ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو اليه جاز له أخذ الأجره على العمل.

و فصل بعضهم الداعى الراجع نفعه الى الفاعل بين ما إذا كان منفعه من اللّه سبحانه فلا يضر بالقصد و الا لما كان لذكر الأجور التى فى القرآن للذين آمنوا و عملوا الصالحات وجه، و ان كان منفعه من غيره عز و جل فيضر بالقصد.

هذا، و فرق بين الواجب التعبدى و الواجب التوصلى، ففى التوصلى يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل و أن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع و الحرف، فإنها واجبات توصليه و يجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفائيا، و أما

إذا كـان تعيينـا فلاـ يجوز، فلو انحصـر الطبيب فى واحـد كـان معـالجه المرضـى واجبـا عينيـا بالنسـبه إليه لوجوب حفـظ النفوس المحترمه فلا يجوز له أخـذ الأجره، و من هنا كان الأطباء المتـدينون سابقا يتقاضون الأجور عوضا عن الحضور لدى المرضـى و يعبرون عن ذلك ب «حق القدم» .

و ظـاهر قول العلاـمه فى القواعـد: «و يجوز أخـذ الأـجره على عقـد النكاح و يحرم الأجر على الإمامه و الشـهاده و أدائها» هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. و قال فى إجاره القواعد «هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أى: إذا كان واجبا عينيا «و الجواز لا معه» أى: لا مع التعيين و كونه كفائيا.

و فصل الفخر فى الإيضاح بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت و ما لا يشترط فيجوز.

و فى جامع المقاصد معلقا على «هل يجوز» من عباره القواعد المزبوره: ان كان واجبا على المعلم و المتعلم عينا أو كفايه لم يجز أخـذ الأـجره عليه لاـن المعلم مـأخوذ بـالتعليم و مؤديه، فيمتنع أخـذ الأـجره كسـائر الواجبـات» و تنظّر فى كلاـم الفخر قائلا بأن الوجوب مطلقا مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم فى كتاب التجاره و هو صـريح كلام الأصحاب، و ما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطا بالنيه مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائى فسيأتى الكلام عليه، و أما العينى توصليا كان

أو تعبـديا فوجه المنع من أخـذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره انما يصح حال كونه مالكا لما يعطيه فى مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملـك الإنسـان مـا يملكه عينـا أو عملاـ و يأخـذ العوض، و لـذا لاـ يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث فى ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، و أما إذا كان العمل واجبا عليه شرعا و لا يجوز له تركه فإنه لا يملك ذاك العمل بل عليه إتيانه و تسليمه للّه، و حيث لا يملكه بل كان ملكا للّه سبحانه فلا قدره له على أن يملكه الغير سواء كان تعبديا أو توصليا، و أضاف فى الجواهر بأنه لو أخذ عوضا عنه لزم الجمع بين العوض و المعوض، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

و فى الواجب الكفائى صرح الأكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجز أخذ الأجره عليه و الا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائى -عنـدنا-يتعلق بالمكلفين، أى بكل واحـد منهم كالواجب العينى سواء كان عباديا أو لا، و الفرق بينهما حينئـذ أن العينى لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائى فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، و عليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لا يملك أحـد منهم العمـل فلا يجوز له أخـذ الأجره عليه لكونه أكلا للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائى المتعين و غيره فى عدم جواز أخذ الأجره.

و ذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخـذ الأجره و قالوا فى وجه الجواز: بأن هـذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب-لان لها ماليه و يبذل بإزائها المال

ص:٩٥

لرفع الحاجه، و يجوز أخذ المال فى مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، و مع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجانا، و الثانى: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، و قد يجب الأخذ للإنفاق على من يجب الإنفاق عليه، و الثالث: وجوب العمل مع الخيار فى أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: و لا- منافاه بين الوجوب و أخذ الأجره على العمل، نعم لو صرح بوجوب إتيانه مجانا لم يجز، و أما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإنفاق الواجب أخذ، و ذلك لا ينافى وجوب العمل، و مع الشك فى اشتراط المجانيه فى هذا الواجب و عدمه كان له الأخذ كذلك جميعا بين دليل وجوب العمل و دليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

و اختار السيد فى العروه الجواز مطلقا (۱)) قال: «للأصل و الإطلاقات

و عـدم الدليل على المنع سوى دعوى الإجماع و الشـهره أو عدم الخلاف، و لا حجيه فى شـىء منها لا سـيما مع ما مر من وجود الخلاـف بـل دعوى الشـهره على الجواز، و سوى مـا هو المشـهور المـدعى عليه الإجمـاع من المحقق الثانى من عـدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و قـد بين فى محله عـدم الـدليل عليه، لمنع الإجماع -مع أن القـدر المتيقن منه على فرضه الواجب العينى التعينى التعبدى- و لضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

و قد استدل على المنع بوجوه: منها: انه مناف لقصد القربه.

و فيه: انه يختص بالتعبدى و لا يشـمل التوصـلى، و هل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ أن نتيجه القضاء كنتيجه الطهاره من الخبث، فكمـا أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصـد القربه فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه و هو يتحقق من غير حـاجه الى قصـد القربه، فكـون القضـاء من التعبـديات غير معلوم، الاـ أن يقوم دليـل على اعتبـار قصـد القربه فيه حـتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

و قد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بد من قصد القربه أيضا؟

ص:۹۷

و قصـد الامتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبـد اللّه و يمتثل أوامره لانه خالقه و رازقه، و أخرى: يعبـده و يطيعه خوفا من عذابه، و ثالثه:

طمعـا فى جنته، و رابعه: طلبا للمزيـد من فضـله. و نحو ذلك، و قـد يعبـد اللّه تعالى لأنه أهل للعباده و تلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام و الأئمه المعصومين عليهم السلام.

فـان كـان المعتبر عـدم وجود شـىء من الـدواعى النفسـانيه و الأـمور المـاديه كـان الأخـذ منافيـا و لم يكن عمله مقربا و مسـقطا للتكليف، و ان كان المعتبر الامتثال و القيام بالعمل و تحققه فى الخارج-و ان كان الـداعى إليه الأجره-جاز أخذها، و كأنه يأخذ الأجر على اطاعه اللّه و امتثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعى إلى الداعى، فأما الامتثال خوفا فغير مضر.

و منها: التنافى بين الوجوب و أخذ الأجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سـلب اختيار العبد فى العمل و إلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شـيئا بإزائه أو لا يأخذ، بل ان العمل حينئذ يوجد فى الخارج مملوكا للّه، و هذا نظير ما إذا كان أجيرا لزيد فى خياطه مثلا فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

و أجـاب عنه السـيد «قـده» بعـد قـوله: «انه مختص بـالواجب العينى» بـوجهين أحـدهما: «منع كون الوجوب من اللّه تعـالى موجبا للملكيه نظير الملكيه للناس» .

و توضيحه: ان الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله،

فمثلا عند ما ینذر دفع کذا من المال فی سبیل اللّه، یجب علیه ذلک عند تحقق مطلوبه لکن ذلک لا یخرجه عن ملکه فلو باعه کان البیع صحیحا وضعا، فالوجوب التکلیفی لا یقتضی سلب الملکیه، و کذلک العمل ان وجب لا یخرج عن ملک العبد.

و الثانی: «لا مانع من اجتماع المالکین إذا کان احدی الملکیتین فی طول الأخری فإن اللّه تعالی مالک لذلک الفعل و المستأجر أیضا مالک له لکن لا لنفسه بل للّه تعالی» .

و توضیحه. ان سلمنا کون الفعل ملکا للّه فإنه لو کانت ملکیته عرضیه ورد الاشکال بأنهما لا یجتمعان لان اعتبار الملکیتین کذلک غیر معقول، لکن احدی الملکیتین فی طول الأخری نظیر ملکیه العبد التی هی فی طول ملکیه مولاه، فإنه یملک ما وهب مثلا لکنه مع ما فی یده لمولاه، کما أن العقلاء یعتبرون الملکیه لما یحصل من الطرق المعینه، و الشارع قد أمضی هذه الملکیه و وافق علی هذا الاعتبار إلا بالنسبه إلی أشیاء مخصوصه کالخمر و الخنزیر، و بالنسبه إلی طرق معینه کالمنابذه و الربا، بل الملکیه من ضروریات جمیع الأدیان. مع أن اللّه عز و جل مالک السماوات و الأرضین، و سنخ ملکه للأشیاء غیر سنخ ملکیتنا لها إلا فی المورد الذی جعل هو سنخ ملکیتنا لنفسه، حیث قال تعالی فی آیه الخمس «وَ اِعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِی اَلْقُرْبیٰ وَ اَلْیَتامیٰ وَ اَلْمَساکِینِ وَ اِبْنِ اَلسَّبِیلِ» الآیه (۱)) .

۱- ۱) سوره الأنفال:۴۱.

و الحاصل: ان الملكيه الطوليه موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله و عمله و هى ممضاه من قبل اللّه سبحانه، فيجوز له بيع ماله و عمله و أخذ العوض و ان كان هو و ما يملكه للّه تعالى.

أقول: هذا توضيح الجواب و تقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب للّه و أنه عند ما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفا بكونه للّه و يأخذ الأجر عليه، فغير واضح لعدم اعتبار ملكيه ما كان موصوفا بكونه للّه لأحد عرفا.

و منها: ان أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، و العقلاء لا يعتبرون الملكيه فى هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالالزام الطبيعى.

و أجاب السيد «قده» عنه بوجهين أحدهما: اختصاصه بالواجب العينى التعيينى، و الثانى: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائى فى ذلك لا أقل من حب كون معبوده مطاعا.

و منها: ان أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط و لا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب إتيانه مطلقا.

و أجاب بأن هذا الاشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطا، و أما إذا جاء به بنحو الإطلاق و قصد ذات العمل -لا العمل الذى كان بإزائه كذا-فلا مانع.

على أن هذا-لو تم-يتمشى فى التعبديات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم انه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأجره على

القضاء، كالصحيحه التى رواها فى الوسائل عن عبد اللّه بن سنان قال: «سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق. فقال عليه السلام: ذلك السحت» ((۱)) أقول: فهل انه «سحت» لان السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه فى مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: ان ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال. أى: فلا بد من حمل الروايه على الوجه الأول، الا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثانى.

على أنه ان كان من جهه كون السلطان جائرا فإن للإمام عليه السلام الولايه على الاذن فى القضاء فى سلطنه السلطان الجائر.

و كالصحيحه عن الشيخ الصدوق فى الخصال عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: «كل شىء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاه، و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبيذ المسكر، و الربا بعد البينه. فأما الرشا يا عمار فى الاحكام فان ذلك الكفر باللّه العظيم و برسوله صلى اللّه عليه و آله و سلم» ((۲)) .

فقال المانعون: بأن الصحيحه هذه ظاهره فى أن المراد من «أجور القضاه» فيها ما يأخذه القضاه فى مقابل القضاء و ان لم يكن

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۲-۶۴.

ما يأخذونه من «الولاه الظلمه» : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلا، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواحش و ثمن الخمر.

و أجاب المجوزون-كالسيد «قده» -بأن الظاهر أنها ناظره إلى الأجور التى كان القضاه يأخذونها من «الولاه الظلمه» فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهى سحت لا مطلقا، من جهه أن الظاهر كون الضمير فى «و منها» راجعا الى «ما» فى «ما أصيب» فتكون الحرمه من هذا الحيث.

أقول: و الظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعا الى ما ذكر لجاء بلفظ المذكر لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، و مجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلا على ما ذكر. و بالجمله:

ان «أجور القضاه» قسيم ل «ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه» ، فظهورها فى الدلاله على حرمه أخذ الأجره على القضاء تام.

نعم لا تدل على حرمه الارتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، و لا سيما مع الحاجه و الضروره، فإن ذلك لا مانع منه، و يكون القاضى حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك فى مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه الى اللّه تعالى مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، و لقد كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم يقسم الغنائم على من اشترك فى الحروب و الغزوات و يعطى كلا حسب جهده و مقامه. لكن لا بعنوان العوض (١)) .

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف.» .

أقول: و بناء على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معا؟ ان كان بعنوان الأجر فهو اما جعل و اما إجاره، و حينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، و ان كان قد قضى و لم يقصد كونه مجانا ضمن أجره، فهل يضمنه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضا و عمله محترم و لا يشترط فى وجوب دفع العوض وجود المنفعه؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

قال المحقق: «أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره.» .

أقول: لا إشكال فى حرمه أخذ الأجره على الشاهد بناء على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضى فى حرمه الأخذ بناء عليه بلا فرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الأجره عليها أشد حرمه منه على القضاء. نعم يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينيا و القضاء كفائيا.

ص:۱۰۳

و هل یجوز أخذها علی تحمل الشهاده؟ قال فی الجواهر:

قد یقال بجواز الأخذ علیه مع عدم تعینه علیه، لکن الاولی ترکه.

و هل یجوز أخذها علی مقدمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامه الشهاده لا تحصیل المقدمات، و من أن الشهاده واجبه و تحصیل مقدماتها مقدمه للواجب فهو واجب فلا یجوز أخذ شیء فی مقابل مقدمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنیه لا ـ المالیه، فلا یجب علیه بذل المال لتحصیل المقدمات المتوقف علیها أداء الشهاده کأجره السیاره التی تقله الی بلد آخر لأجل الحضور فی مجلس الشهاده و القضاء مثلا، الا أن یقال بوجوبها علیه حتی مع بذلک ما یلزم من المال فی سبیلها.

قال المحقق: «و یجوز للمؤذن و القاسم و کاتب القاضی و المترجم و صاحب الدیوان و والی بیت المال أن یأخذوا الرزق من بیت المال المعد للمصالح، و کذا من یکیل للناس و یزن و من یعلم الآداب و السنن» .

أقول: الأمر فی ذلک کله واضح بعد ما ذکرنا. و اللّه العالم.

ص:۱۰۴

المسأله السادسه

اشاره

فی طریق ثبوت ولایه القاضی

قال المحقق «قده» : «تثبت ولایه القاضی بالاستفاضه» .

أقول: لم یتعرض رحمه اللّه الی ثبوت ولایه القاضی بالعلم و البینه، لأن ثبوتها بهما لا ریب فیه (۱)) ، فالولایه تثبت بشهاده عدلین بها و ان لم یحکم بها حاکم کما فی المسالک و غیرها، فتکون نظیر الاجتهاد، فإنهم ذکروا أن الاجتهاد و الأهلیه للمرجعیه فی الأحکام الشرعیه تثبت بشهاده عدلین من أهل الخبره من دون توقف علی حکم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البینه الشامل للمورد. نعم لو أنکر منکر ولایه القاضی مدعیا عدم نصب الحاکم إیاه للقضاء، أو

أنكر اجتهاده بناء على اشتراطه فيه-وقعت المرافعه و توقف ثبوت الولايه على حكم الحاكم فيها حينئذ.

و حيث لا علم و لا بينه تثبت ولايه القاضى بالاستفاضه، و مع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده و التحاكم اليه.

و هل المراد من الاستفاضه الخبر المفيد للعلم أو الشياع المفيد للظن المتآخم للعلم أو يكفى فى صدقه افادته للظن؟ فى المسالك: هى اخبار جماعه لا يجمعهم داعيه التواطى عاده يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول.

و فى الجواهر فسر الاستفاضه بالشياع الذى يحصل غالبا منه سكون النفس و اطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعا أو حكما.

فإن أراد المحقق الشياع المفيد للظن كان نظير خبر الواحد و البينه، غير أنه فى البينه يشترط العداله و العلم الحسى بالموضوع و غير ذلك و لا يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه-فيهم الكبير و الصغير و المسلم و غير المسلم-بنبإ أفاد المجموع الظن و ان لم يفد كل واحد من الاخبار الظن بوحده.

و الظاهر أن المحقق لا يريد ما ذكر فى المسالك و الجواهر، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعيده بعد أن لم يتعرض الى العلم و البينه فى طريق ثبوت الولايه، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم

أو الاطمئنان مسلم و لذا تعرض إلى الاستفاضه غير المفيده لأحدهما رأسا. بل الظاهر أن مراده من الاستفاضه هو الشياع المفيد للظن، فهو الحجه فى ثبوت الولايه للقاضى (۱)) .

و لعل وجه كلام الشهيد الثانى حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق فى آخر المسأله: «و لا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم

ص:۱۰۷

يحصل اليقين» ، و لكن الذى يقوى فى النظر أنه قد تطرق الى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الاستفاضه إذ قال قبل ذلك: «و لو لم يستفض. أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين.» فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضه ما يحصل منه العلم و اليقين.

ثم قال فى المسالك فى بيان وجه كلام المحقق: ان كان المراد من الاستفاضه ما يوجب العلم فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البينه، و ان أريد ما يفيد الظن فهو حجه فى كل مورد لا طريق إلى إقامه البينه عليه و لا طريق الى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت السيره على الاعتماد على الاستفاضه.

و الشيخ «قده» ذكر فى المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضه، ثم استدل لحجيه الاستفاضه فى مورد آخر بالاخبار، و ذلك يدل على أن مراده من الاستفاضه ما يفيد الظن و الا لم يستدل بالاخبار.

و صاحب الجواهر تمسك بالسيره و الاخبار لحجيه الاستفاضه بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجه عند العقلاء مطلقا.

و مما استدل به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته عن البينه إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم

امکان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لكن ما ذكره فى الجواهر مشكل أيضا.

و فى الروايه احتمالات أخرى، و الحاصل انه لا دلاله تامه لها على الحكم (۱)) .

و مما استدل به منها: صحيحه حريز قال: «كانت لإسماعيل ابن أبى عبد اللّه عليه السلام دنانير و أراد رجل من قريش أن يخرج الى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه ان فلانا يريد الخروج الى اليمن

ص:۱۱۰

و عنـدى كـذا و كـذا دينارا، أ فترى أن أدفعها يبتاع لى بها بضاعه من اليمن؟ فقال أبو عبد اللّه عليه السـلام: يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس: فقال: يا بنى لا تفعل.

فعصـى أباه و دفع اليه دنانيره، فاسـتهلكها و لم يأت بشـىء منها، فخرج إسماعيل، و قضى أن أبا عبد اللّه عليه السلام حج، و حج إسـماعيل تلك السـنه فجعل يطوف البيت و هو يقول: اللهم أجرنى و أخلف على. فلحقه أبو عبد اللّه عليه السلام فهمزه بيده من خلفه و قال له:

مه يا بنى. فلا و اللّه ما لك على اللّه هذا و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته.

فقال إسماعيل: يا أبه انى لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون.

فقـال: يـا بنى ان اللّه عز و جـل يقول فى كتـابه «يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصـدق للّه و يصـدق للمؤمنين، فإذا شـهد عندك المؤمنون فصدقهم و لا تأتمن شارب الخمر فان اللّه تعالى يقول «وَ لا تُؤْتُوا اَلسُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ» فأى سـفيه أسـفه من شارب الخمر، ان شـارب الخمر لا يزوج إذا خطب و لا يشـفع إذا شـفع و لا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على اللّه أن يأجره و لا يخلف عليه» (۱)) .

فإنها صريحه فى اعتبار الشياع بين الناس و ترتيب الأثر عليه بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه، و لكن لو كان هذا الشياع كالبينه فى الحجيه للزم اجراء الحد عليه و هو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الامام عليه السلام هو الاحتياط من هكذا شخص و ان لا يسلم الإنسان ماله و لا يأتمن أحدا على شىء الا بعد الوثوق بدينه و أمانته، بل الشياع لا يقتضى التفسيق، و الغالب فى الشياعات عدم الاستناد الى الحس، فان الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر و اجراء حد شرب الخمر عليه بالاستناد اليه غير جائز. نعم ترك تزويجه فى محله، لانه محل شبهه و ان لم يكن العقد لشارب الخمر باطلا.

و بالجمله: ان أفاد الشياع العلم أو الاطمئنان العقلائى-و هو الذى يعبرون عنه بالعلم و يرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعا- فهو و الا فليس بحجه الا أن تقوم السيره على جعل الشياع كخبر الواحد فى ترتيب أثره عليه، و لا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس-ما عدا المحتاطين منهم-و لكن فى اتصالها بزمن المعصوم و إمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالاستفاضه:

قال المحقق: «و كذا يثبت بالاستفاضه النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق» .

أقول: يكفى فى ثبوت النسب-كما لو شك فى كون زيد هاشميا مثلا-شياع ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، و كذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القريه الفلانيه موقوفه للجهه الكذائيه كفى ذلك فى ثبوت الوقف حيث لا طريق مفيدا للعلم بذلك، و كذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، و أما مع عدمهما كالموت فى السفر-مثلا-فلا طريق الى الثبوت الا الشياع، فتقسم الأموال و تترتب الآثار.

و كذا الأمر فى الملك المطلق، فإنه لا طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياع، لان تواطئ الناس على ذلك محال عاده، و كذا النكاح و العتق.

و الدليل على كفايه الاستفاضه فى ثبوت هذه الأمور هو السيره، -كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجيه خبر الواحد-فإن أهل العرف يرتبون الأثر فى مثل هذه الأمور على الاستفاضه فيها لأنها مفيده للوثوق النوعى عندهم.

أقول: و نفس اقامه الدليل على الاعتماد على الاستفاضه دليل على أنهم لا يريدون من الاستفاضه ما يفيد العلم أو الاطمئنان المتآخم له، و الا فنفس حصول العلم أو الاطمئنان دليل.

و فى المسالك: الاستفاضه المفيده للعلم دليل حجيتها هو العلم، و المفيده للظن دليل حجيتها السيره، و لكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه و منها الولايه على القضاء، لانه لولا الاستناد إليها يلزم العسر و الحرج لعدم إمكان إقامه البينه.

ص:۱۱۳

و عن بعضهم دليل آخر على حجيه الاستفاضه و هو: ان الحجه لا تقام عند الحاكم و الا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض و قد نصب الحاكم قاضيا آخر و لم يعتبر الشياع و لا البينه إلا بحكم و توقف قبول البينه على ولايه الثانى على الحكم، فان كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولايه القاضى الجديد بناء على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى فلا ينفذ حكمه، و كذلك الأمر بناء على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى لأنه مع وصول الخبر ينعزل فلو أراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولايه الثانى. و ان كان الحاكم بثبوت الولايه هو القاضى الثانى نفسه فان ثبوت ولايته يتوقف على حكمه و حكمه يتوقف على ثبوت ولايته، و هذا دور ظاهر.

أقول: هذا يتم فيما إذا لم يكن هناك قاض آخر غير الأول المعزول أو لم يكن فى بلد آخر قاض يمكنهم الرجوع إليه لأجل الحكم.

و قال فى المسالك: «و هذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط و قد جوزه العلامه فى القواعد» .

أقول: لكن فيه: انه لا يوافق قواعد الأصحاب و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، أى: لا يصح تعليق الوكاله على شرط و لا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الإذنيه فان إبطاله للولايه التى ليست منها يكون بطريق أولى.

و قیـل بـالفرق بین الولا ـیه و الوکاله لأن الوکاله من العقود. فلا بـد لها من الصـیغه الممتنع فیها التعلیق شـرعا و الولایه لیست من العقود بـل هو جعـل للمنصب نظیر جعـل الوجوب و الحرمه، فیجوز فی الولا ـیه مـا لا ـ یجوز فی الوکـاله، فیجوز أن یکون الأـول معزولا عن الولایه فی ظرف ثبوت ولایه الثانی، فحینئذ یحکم بولایه الثانی و ینعزل هو عن القضاء.

و هذه بحوث علمیه بحته لیست محلا للابتلاء فعلا، نعم یجری البحث لو قلنا بقبول القضاء للوکاله کأن یوکل الثانی و یرسله الی البلـد، فإنه بوصوله الیه ینعزل الأول، و من البحوث العلمیه قول المحقق: «و لو لم یستفض اما لبعـد موضع ولایته عن موضع عقد القضاء له أو لغیره من الأسـباب أشهد الإمام علیه السلام أو من نصبه الامام علی ولایته شاهدین بصوره ما عهد الیه و سیرهما معه لیشهدا له بالولایه» .

و کیف کان: «لا یجب علی أهل الولایه قبول دعواه مع عدم البینه و ان شهدت له الامارات ما لم یحصل الیقین» .

المسأله السابعه

اشاره

فی جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد

قال المحقق: «یجوز نصب قاضیین فی البلد الواحد لکل منهما جهه علی انفراده» .

أقول: لا ریب فی جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد علی أن یکون لکل منهما جهه علی انفراده، کجعل أحدهما قاضیا فی الأموال و الأخر فی الدماء و الفروج و نحو ذلک.

قال: «و هل یجوز التشریک بینهما فی الجهه الواحده؟ .» .

أقول: و هل یجوز التشریک بینهما فی الولایه الواحده؟ قولان، اختار المحقق «قده» الجواز، و الصحیح: المنع، لأن الولایه من الأمور ذات الإضافه فلا یمکن التشریک فیها، الا أن یراد من التشریک اناطه نفوذ حکم أحدهما بموافقه الأخر.

و مع التعدد فحیث أن کل واحد منهما جعله الشارع قاضیا

بالاستقلال و ليس نفوذ حكمه مشروطا-فی زمن الغيبه-بموافقه الأخر و إمضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما فی الحكم فی الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه-الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه فی الحكم-كما هو الحال فی إجراء العقد للصبی من قبل كل من الأب و الجد.

لو اختلف المترافعان فی تعيين القاضی:

فإن اختلف المترافعان فی تعيين القاضی فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعی الترافع عنده؟ قيل: نعم و ادعی عليه الإجماع، لان المدعی هو صاحب الحق. و فيه نظر وفاقا للسيد صاحب العروه «قده» ، إذ ليس للمدعی الحق لا علی القاضی-لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه و الحال ان نظر القاضی فی المرافعه حكم واجب -و لا علی المدعی عليه لانه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق و ان أمكن ثبوته فی علم اللّه سبحانه.

علی أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معا، فإن للمدعی عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتی يخلصه من دعوی المدعی و كذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، و حينئذ قالوا: يرجع الی القرعه لتعيين القاضی لأنها المرجع عند التداعی كما سيأتی.

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعی و يبقی الإجماع ان كان، و الا فالقرعه هی المرجع أيضا.

و أما فی صوره التداعی بأن يكون كل منهما مدعيا و منكرا، كأن

يـدعى أحـدهما البيع فيثبت لنفسه الخيـار و الأـخر الصـلح فلاـ خيار، فان توافقا على الترافع عنـد أحـد الحاكمين فهو، و ان سـبق أحـدهما إلى الحـاكم نفـذ حكمه بنـاء على نفوذ الحكم الغيابى، و ان رجع كل واحـد من المترافعين الى واحـد من الحاكمين و حكم كـل منهمـا غيابـا قـال الأـكثر بـالقرعه لأـن أحـد الحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها، لكن مقتضـى القاعـده بطلان الحكمين معا، لأنه ان أريـد بالقرعه العثور على الواقع كترافع الرجلين على مال فى يـد ثالث فيقترع فهو، و لكن فى المورد حيث مقـدمات الحكم فى كلاـ الطرفين تامه و يراد ترتيب الأثر على كل واحـد باعتباره حكما مطابقا للواقع كان الحكمان متضادين و مقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

و تفصـيل المسـأله: انه إذا حكم كـل من الحـاكمين لكل من المتخاصـمين بنحو التقارن فالوجه سـقوط الحكمين، و انما يتصور ذلك فى الحكم الغيابى، و الحكم الغيابى يتصور فى حالين:

الأول: أن يحضـر أحـد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الأخر فتاره يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم و أخرى يمتنع عنه مطلقا، فان أبى عن الحضور مطلقا طلب الحاكم من المـدعى الشـهود ثم يحكم حكما غيابيا على الخصم و ينفذ هذا الحكم فى حقه بلا كلام، و ان أبى عن الحضور عنـد هذا الحاكم مع الموافقه على الترافع عند غيره فهل يسـمع كلامه أو لا فيحكم عليه غيابا؟ الصحيح: انه لا وجه لإلزامه بل يرجع الى القرعه.

الثانی: أن یکون الحکم غیابیا بالنسبه إلیهما معا (بأن یکون أحدهما فی بلد و الأخر فی بلد آخر، فیرجع کل منهما الی حاکم بلده -بعد عدم اجتماعهما فی بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات- فیحکم کل واحد من الحاکمین حکما غیابیا علی الخصم الأخر) فأی الحکمین النافذ؟ ان علم الأسبق منهما زمانا فهو المقدم، و مع عدمه فالقرعه هی الطریق لتعیین الحکم السابق النافذ، و مع العلم بوقوعهما فی زمان واحد فمقتضی القاعده سقوطهما، لأنهما کالسببین المتمانعین، و بعباره أخری: هما حکمان لموضوع واحد و دلیل اعتبارهما واحد فحیث لا یمکن اجتماعهما یسقطان.

و قیل: انهما کالخبرین المتعارضین فیحکم بالتخییر.

قلت: انما یحکم بالتخییر بین الخبرین المتعارضین فی صوره الإمکان لا فی کل خبرین متعارضین، و فیما نحن فیه لو کان مقتضی أحد الحکمین کون المال المتنازع فیه لزید و مقتضی الأخر کونه لعمرو کیف یحکم بالتخییر؟ قال السید «قده» : ان أدله نفوذ حکم الحاکم منصرفه عن مورد التعارض بین الحکمین، فدلیل اعتبار الحکم لا یشمله.

قلت: إذا کان کذلک ارتفع فرض التعارض فی کل مورد، علی أنه لو قیل بحجیه حکم الحاکم فی صوره عدم وجود حکم معارض کان لازمه جعل حال الحکم قیدا للموضوع و هو محال.

و احتمل السيد الرجوع الى حاكم ثالث فيكون حكمه رافعا للنزاع.

قلت: و هل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ و الصحيح: سقوط الحكمين معا، فان تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو و الا فيرجع الى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم ان التداعی یکون تاره فی الشبهه الحکمیه کأن تعقد البنت الباکره العاقله الرشیده نفسها لرجل-بناء علی صحته-و یعقدها الولی لرجل آخر-بناء علی استقلاله فی ذلک-فیقع النزاع بین الرجلین.

و کما لو وقع النزاع فی الحبوه بین الولد الأکبر و سائر الورثه فاختلف الطرفان فی الحکم تبعا لمقلدیهما-مثلا.

و أخری فی الشبهه الموضوعیه کأن یتنازعا علی مال فان کان فی ید أحدهما کان الأخر مدعیا و صاحب الید منکرا، فإن أثبت المدعی ملکیته له فهو، و الا-حلف المنکر علی أنه لیس للمدعی و أبقی فی یده، و ان لم یکن لأحدهما ید علی المال کان التداعی.

و قد أجری فی المستند هذا التفصیل فی الشبهه الحکمیه أیضا و الحق وفاقا للسید «قده» کونهما متداعیین فی تلک الشبهه و ان کان لأحدهما ید، لان الید حجه فی صوره الجهل بمدرکها فیحتمل أن تکون علی وجه صحیح، و أما مع العلم بکون مستند الید فتوی المجتهد مثلا فلیست بحجه. فلو کانت المرأه تحت من عقد له الأب و جاء من یدعی سبق عقد الجد له علیها و وقع النزاع حول

الأقدم كان احتمال صحه اليد فی محله فیطالب الخصم بالبینه فإن جاء بها و الا حلف صاحب الید و بقیت تحته، ففی هذه الصوره حیث النزاع علی الأسبقیه و لیس المنشأ هو الاختلاف فی الحکم یحتمل صحه الید و کان من قبیل المدعی و المنکر لا المتداعیین.

ص:۱۲۱

المسأله الثامنه

فيما يتعلق بانعزال القاضى و عزله

قال المحقق «قده» : «إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل و ان لم يشهد الامام بعزله كالجنون و الفسق، و لو حكم لم ينفذ حكمه» .

أقول: إذا فقد القاضى أحد الشروط المعتبره سقط حكمه عن الاعتبار و لم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداء و استدامه، فلا وجه للاستصحاب لأنه أصل و هو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع فهل تعود التوليه أو لا بد من نصب جديد؟ اختار فى المسالك الثانى و وافقه فى الجواهر قال: لا تعود بزوال هذه العوارض للأصل. أقول: و المراد من الأصل اما استصحاب حال الجنون-مثلا-و اما أن التوليه تحتاج الى دليل و بعد زوال الجنون فالأصل عدم التوليه، فيكون نظير الوكاله إذا جن الوكيل.

و الحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحدا بخصوصه

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، و أما إذا كان حكم النصب كليا سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه فإنه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلى و ينفذ حكمه، نظير:

«لا- تصل الا خلف من تثق بدينه» ، فلو حدث فى إمام الجماعه فسق لم تجز الصلاه خلفه، فان تاب و عاد جاز الائتمام به لقوله «ع» «صل» لان معناه: جواز الصلاه خلفه فى كل زمان حصل الوثوق بدينه و عدالته. و لعل كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الامام «ع» بشخصه، و هذا جار فى المنصوب من قبل المجتهد أيضا بناء على أن له ذلك.

هذا كله فى الانعزال القهرى، فإن القاضى ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له و ان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لأنهم إذا شاءوا علموا.

و ربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء و بين غيره كالجنون فتعود فى الأول قياسا على السهو و النسيان دون الثانى.

أقول: و فيه انه يشترط فى القاضى العقل، و ان زواله يوجب العزل سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء و الجنون، و أما فى حال النوم و السهو و النسيان و نحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق «قده» : «و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟ الوجه لا، لان ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهيا» .

أقول: ان كان فی العزل مصلحه فلا إشكال فی جوازه، و مورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهيا، و قد استدل المحقق «قده» للعدم بما سمعت لكنه مصادره محضه. و قيل: لانه عبث و الامام عليه السلام لا يفعله، و فيه: انه ان عزله فلا يكون عبثا، و قيل: انه يعرض بذلک للقدح من ليس بمقدوح فيه، و فيه: ان عزله مع رفع هذه الشبهه فلاـ اشكال، على أن لزوم ذلک أمر ثانوی، و العنوان الثانوی قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء و يترتب على ذلك المفسده، فلا بد من البحث فی جهه أخرى و هی أنه هل يجوز عزل القاضی عن القضاء أو لاـ؟ لقد ذكرنا سابقا أن الولايه على القضاء أمر اعتبارى عرفی قابل للجعل كالزوجيه و الملكيه و نحوهما، فهی موجوده بين أهل العرف و قد جعل الشارع هذه الولايه للنبی و الامام عليهما الصلاه و السلام ثم رخص المجتهد فی ذلک أيضا، فهل يستفاد من نفس التمكن من الجعل التمكن من العزل كذلک؟ أما بالنسبه الى الامام عليه السلام فلا ريب فی انعزال من يعزله، و أما بالنسبه إلى المجتهد فهذا مشكل بل لا بد من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متوليا على وقف أو نصبه وليا على أمر من الأمور من غير سبب يقتضی ذلک شرعا، الا أن يدعى النيابه العامه للمجتهد بأن يكون له فعل كل ما فعله الامام عليه السلام. و هذا يتوقف بالإضافه إلى إثبات ذلک من ناحيه الأدله على إثبات فعل الامام عليه السلام ذلک،

الاـ أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب و عزل بعض القضاه، و لكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعله أرجع القاضی من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر.

و كيف كان فيحتاج الى دليل آخر غير ما دل على جواز النصب.

نعم كل شیء يتوقف على الاذن-لا الجعل-جاز الرجوع فيه عن الاذن.

و لو عين الواقف أحدا للتوليه على الوقف فليس له عزله عن التوليه، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف و قد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانه، قالوا: بل يجب حينئذ ضم أحد اليه. و هذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفی للدلاله على جواز العزل.

هذا و ليس من شأننا البحث عن حكم الامام عليه السلام لثبوت عصمته، على أن نفس إراده الإمام مرجحه، إذ لا يتصور التوقف له فی مورد التعارض بين طرفی الفعل و الترک، و لا يشترط أن يكون لفعله مرجح، بل يكفی عدم المرجوحيه للفعل.

و على فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضی بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل؟ قال فی المسالک: قولان أظهرهما الثانی لعظم الضرر فی رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

ص:۱۲۵

و فى الأول: ان الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجها الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعى الباطل منهما و دليل «لا ضرر» لا ينفى مثل هذا الضرر، فيكون المورد شبهه مصداقيه له فلا يجوز التمسک به، فيكون حكم هذا القاضى حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوبا لذلک من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلک فان حكمه باطل، و كذا من باع مال غيره متخيلا أنه وكيله ثم ظهر العدم.

و فى الثانى: ان الأولويه ممنوعه، الا أن يقال بأن الولايه على القضاء وكاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلک بتنقيح المناط.

و بما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسک باستصحاب بقاء نفوذ الحكم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظا أو كتب إليه: أنت معزول -مثلا- و أما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول ففيه فروع منها: أنه لا ينعزل الا بعد قراءه الكتاب سواء و صل الى يده أو لا فلو وصل اليه الكتاب و حكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا اشكال. و منها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشره بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه و لو بقراءه غيره له، و منها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ و تظهر الفائده فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته.

قال فى الجواهر: ان هذه احتمالات بارده أطنب فيها العامه

فی کتبهم لغرض صیروره الکتاب ضخما.

قلت: و یمکن أن تثمر هذه الفروع فی الإجازات و الوکالات التی یکتبها الفقهاء للأشخاص. و لکنها قلیله الجدوی.

ص:۱۲۷

المسأله التاسعه

اشاره

هل ينعزل القاضى بموت الامام؟

قال المحقق «قده» : «إذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ:

الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاه أجمع. و قال فى المبسوط:

لا ينعزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعا فلا تزول بموته. و الأول أشبه» .

أقول: علل فى المسالك القول الأول بقوله: لأنهم نوابه و ولايتهم فرع ولايته فإذا زال الأصل زال الفرع، و وافقه فى الجواهر فيه و أضاف: فإن أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أى: ان قضاه ذلك العصر ينعزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

و استدل للقول الثانى: بأن ولايه القضاه قد ثبتت شرعا فلا تزول بموت الامام و مع الشك تستصحب، و قد أيد ذلك فى الجواهر و غيره بما فى الانعزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحکام الی أن یجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل الاحکام.

و الصحیح أن یقال: ان کل فرد من الناس إذا وکل أحدا أو أنابه أو أذن له فی شئونه الخاصه و الأمور التی بیده فإنه إذا مات ینعزل الوکیل و النائب و المأذون بلا کلام، من غیر فرق فی ذلک بین الامام و غیره، فان کان القضاء کذلک بمعنی أن یکون أمر القضاء للإمام و أن القاضی ینوب عنه فی القضاء أو یقوم بذلک وکاله عنه انعزل القضاه بموته، لان من قواعد المذهب انعزال الوکیل و النائب بموت الموکل و المنوب عنه.

و ان کان القضاء نظیر نصب المتولی علی الموقوفه أو الولایه علی الصغار فلا ینعزل بموت من نصبه، لانه یقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوکاله و الاذن.

و بما ذکرنا یظهر الحال فی التمسک بالاستصحاب لعدم انعزالهم بموت الإمام، لأن ولایتهم ان کانت من باب الوکاله فقد بطلت، و ان کانت من باب الولایه فلا شک فی بقائها حتی تستصحب، بل لو شک یستصحب عدم جعل الولایه، و لا یعارضه استصحاب عدم کونه وکاله لعدم الأثر.

و یمکن تقریب الاستدلال بأن یقال: ان الولایه قد یکون جعلها مقیدا بزمان حیاه الامام فلا ریب فی انقطاعها بالموت، و قد یکون غیر مقید بذلک فهی مطلقه و لا ریب فی بقائها بعد موت الامام، و مع الشک فی کونها مقیده أو مطلقه یستصحب کلی الولایه فلا ینعزل

ص:۱۲۹

القاضی بموته و ینفذ حکمه.

و لکن یشکل بأنه یبتنی علی القول بجریان الاستصحاب مع الشک فی المقتضی.

و یمکن أن یکون المستصحب عدم وجود القید فی الولایه، و لیس هذا الاستصحاب مثبتا لخفاء الواسطه، و حینئذ یسند بقاء الولایه المطلقه إلی الشارح.

و أما استصحاب نفوذ الحکم، ففیه: ان استصحاب الحکم مع الشک فی تحقق موضوعه غیر جائز، کما لا یجوز استصحاب قیام قیام زید مع الشک فی وجوده.

و أما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فیرد علیه: ان لزوم الضرر لا یفید لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حکم بطهارته الظاهریه بالاستصحاب و توضأ به مده من الزمن و غسلت به الثیاب و نحو ذلک ثم انکشف الخلاف لم یکن الضرر العظیم المترتب علی ذلک موجبا للقول بعدم نجاسه الماء.

الا أن یقال بأن لزوم الضرر یقتضی القول بعدم سقوط أحکام هؤلاء القضاه، و أما أصل ولایتهم علی الحکم فلا تثبته قاعده نفی الضرر لأنه أمر تکوینی.

قال فی المسالک: «و الأظهر هو الأول، و قد یقدح هذا فی ولایه الفقیه حال الغیبه و أن الامام الذی قد جعله قاضیا و حاکما قد مات، فیجری فی حکمه ذلک الخلاف المذکور، الا أن الأصحاب

مطبقون على استمرار تلك التوليه، فإنها ليست كالتوليه الخاصه بل حكم بمضمون ذلك، فإعلامه بكونه من أهل الولايه على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهاده و ذى اليد مقبول الخبر و غير ذلك و فيه بحث» .

قلت: و هو خلاف ظاهر المعتبره حيث قال عليه السلام «فانى جعلته حاكما» و لم يقل: فحكمه نافذ-مثلا-فلو كان حكما إلهيا لم يكن متوقفا على جعل من الامام، بل ظاهر الروايه أن الحكومه لغير النبى و الامام متوقفه على الجعل و هو بيد الامام «ع» ، فيكون الحاصل: ان من كان معنونا بتلك العناوين مجعول وليا من قبل الامام، و ليس هذا الجعل مقيدا بزمان حياته، بل هو نظير جعل التوليه على المسجد لإمام الجماعه من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب. و أما كون المسأله نظير الوكاله أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر.

و بالجمله: ان كان توليهم للقضاء مستندا إلى النيابه من ناحيه الإمام أو الى الوكاله عنه كانت ولايتهم فرع ولايه الامام و بموته ينعزلون، و ان كان جعلا من قبله و سلطنه لهم على الحكم فلا ينعزلون بموت الامام.

فالحق فى المسأله ما ذكرناه (۱)) .

ص:۱۳۱

لو مات القاضی الأصلی فهل ینعزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق «قده» : «و لو مات القاضی الأصلی لم ینعزل النائب عنه لأن الاستنابه مشروطه بإذن الإمام علیه السلام فالنائب عنه کالنائب عن الامام فلا ینعزل بموت الواسطه. و القول بانعزاله أشبه» .

أقول: لو أذن الامام للقاضی الأصلی فی نصب القضاه بأن یکونوا وکلاء عن الإمام أو یکونوا نوابه أو مأذونین من قبله فی الحکم لم ینعزلوا بموت القاضی الأصلی لکونه واسطه فی النصب فحسب و هذا واضح، و لو کان ذلک من قبل نفسه لا الامام فلا ریب فی انعزالهم بموته، و هذا واضح أیضا، و لو أمره الإمام بإنشاء النصب و جعل الولایه علی القضاء فلا ینعزلون لا بموته و لا بموت الامام لما تقدم فی الفرع السابق.

ص:١٣٢

هذا كله فى مقام الثبوت.

و فى مقام الإثبات: ان علم الأمر من الامام عليه السلام أو بالقرائن الحافه بالكلام فلا بحث، و ان شك فى كيفيه الأمر و فى نفوذ حكم القضاه المنصوبين بعد موت القاضى الأصلى فلا مجال لاستصحاب كلى الوكاله أو النيابه لعدم جريانه مع الشك فى المقتضى، مضافا الى أنه مسبب عن الشک فى كون الجعل من قبل الامام و الأصل عدمه كما أن الأصل عدم جعل الولايه و السلطنه، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضى الأصلى.

و أما فى حال الغيبه فلا ريب فى نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط لأن له الولايه على القضاء، فان قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء فلا كلام، و ان قلنا بأن له ما للإمام جاء فيه التفصيل المذكور فى الفرع السابق.

و أما فى الأمور الحسبيه فتاره ما يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها فإن إعماله نافذه ما دام الفقيه الناصب له حيا و ينعزل بموته البته و أخرى يجعل الولايه له بالاستقلال فلا ينعزل بموته.

و أشكل المحقق الآشتيانى فى أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف فى الأمور المستقبله لعدم الدليل على ذلک. و فيه: ان هذا صحيح و لكن الفقيه يجعل الولايه فى حال حياته ثم تبقى بعد موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت-نظير علقه الزوجيه التى لا تزول بموت العاقدين-لان ذات الولايه المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها حتى يقوم الدليل على زوالها.

ص:١٣٣

و هـل للنـائب أو الوكيـل جعـل الولاـيه الخـاصه لثـالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع فى الأمور الحسبيه يتحقق بالاذن. و تظهر الفائـده فى أنه مع الجعل لا يمكن العزل. و قـد تـدعو الضـروره إلى العزل بخلاف الاذن، فلـذا يكون التصـرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك.

ص:۱۳۴

المسأله العاشره

هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟

قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاه للمصلحه فى نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاه فى زمن على عليه السلام. و ربما منع من ذلك.» .

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، و منشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحا للقضاء مع أنه لم يكن جامعا للشرائط المعتبره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالما حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلا كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام أو حمل فعل الامام على بعض الوجوه، و قد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحا على التقيه، لأنه كان منصوبا من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام

ص:۱۳۵

لخالف القوم كما وقع بالنسبه الى بعض الأمور التى أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم و جعلوا ينادون «وا عمراه» .

و قيل: ان الأئمه عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه و شده لم يكونوا يتقون فى أمر القضاء، و كانوا ينهون عن التحاكم الى قضاه الجور و المخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقض بعزل معاويه فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الامام مع بيعه سائر المسلمين و الولاه له، و أما شريح فإن الإمام لم يوله و لم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلا: «يا شريح جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى أو شقى» .

و قيل: ان الامام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. و هذا هو المستفاد من الروايات، و هو أحسن الوجوه فى المسأله.

و قيل: انه كان يحكم و لكن لا يترتب على حكمه أثر. و هو خلاف الظاهر.

و فى المسالك: المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك و فى حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه.

أقول: و لنذكر بعض الروايات التى أشرنا إليها، ثم حديث الدرع:

منها-ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال

«لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (۱) .

و منها-ما رواه المشايخ الثلاثه عن سلمه بن كهيل قال: سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: «و إياك أن تنفذ قضيه فى قصاص أو حد من حدود اللّه أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على ان شاء اللّه.» (۲) .

و أما حديث الدرع الغلول فهذا نصه عن الكلينى «قده» بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحكم بن عتيبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين. فقال: قضى به رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه. فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان اللّه يقول «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» . فقال:

قول اللّه «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» ، هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا! ثم قال:

ان عليا عليه السلام كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد اللّه ابن قفل التميمى و معه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره. فقال له عبد اللّه بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين. فجعل بينه و بينه شريحا.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸-۱۵۵.

فقال علی علیه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره.

فقـال له شـریح: هـات علی ما تقول بینه. فأتاه بالحسن فشـهد أنها درع طلحه أخـذت غلولا یوم البصـره. فقال شـریح: هـذا شاهد واحد و لا أقضـی بشـهاده شاهد حتی یکون معه آخر. فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره. فقال شریح: هذا مملوک و لا أقضی بشهاده مملوک.

قال: فغضب علی علیه السـلام و قال: خذها فان هذا قضـی بجور ثلاث مرات. قال: فتحول شـریح و قال: لا أقضی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضـیت بجور ثلاث مرات؟ فقـال له: ویلـک-أو ویحـک-انی لمـا أخبرتـک أنها درع طلحه أخـذت غلولا یوم البصـره فقلت: هات علی ما تقول بینه و قد قال رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بینه. فقلت: رجل لم یسمع الحدیث. فهذه واحده. ثم أتیتک بالحسن فشهد. فقلت:

هذا واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر و قد قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده واحد و یمین، فهـذه ثنتان. ثم أتیتک بقنبر فشـهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصـره فقلت: هذا مملوک و ما بأس بشـهاده المملوک إذا کان عدلا. ثم قال:

ویلک-أو ویحک-ان امام المسلمین یؤمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا» (۱) .

ص:۱۳۸

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۴.

المسأله الحاديه عشر

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق «قده» : «كل من لا تقبل شـهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد و العبد على مولاه و الخصم على خصمه. و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على أخيه و له» .

أقول: هـذا مـذهب الأـكثر، بـل ادعى عليه الإجماع لكنه غير معلوم، و اسـتدل على ذلك بأن الحكم شـهاده و زياده، فكل من لا تقبـل شـهادته فى حق أحـد لاـ ينفـذ حكمه فيه، و قـد أنكر جماعه كون الحكم كـذلك، فلا مانع من شـمول الإطلاقات و نفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد و العبد على مولاه، و فى أصل قبول هذه الشـهاده إخبار متعارضه سيأتى التعرض لها فى محلها ان شاء اللّه تعالى.

و كذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا إذا رجع حكمه الى الإقرار و هذا بحث آخر، و يدل عليه-مضافا الى الإجماع

المـدعی-انصـراف الأـدله عن ذلک، بل المتبادر منها الرجوع الی الغیر، فان قوله علیه السـلام «انظروا الی رجل منکم. فتحاکموا الیه» ظاهر فی وجوب ترافع الخصمین عند من کان واجدا للشرائط المعتبره و ان کان أحدهما کذلک.

قـال السـید صـاحب العروه «قـده» : نعم له أن ینقـل حقه الی غیره ثم یرجع ذلـک الغیر مع الخصم إلیه، فـإنه حینئـذ ینفـذ حکمه لذلک الغیر و ان انتقل الیه بعد ذلک بإقاله أو نحوها.

و هـل ینفـذ حکمه لمن له علیه ولاـیه خاصه کالأبوه و الوصایه؟ قیل: نعم لان الحکم لیس لنفسه، و قیل: لا، لانه هو المنازع فی الحقیقه، و اختاره السید و هو الأظهر.

و أمـا المـولی علیه بالولاـیه العـامه فالصـحیح نفـوذ حکمه و الاـ لم یرتفع النزاع فی هـذه الموارد لاـن کـل قـاض ولی الأیتـام و المجانین و نحو ذلک.

و إذا کـان للحاکم شـرکه مع غیره فی مال و وقع النزاع فیه بینهما و بین غیرهما کما إذا تنازع أخوه مع غیره فی مال مشترک بینه و بین أخیه من جهه الإرث فلیس للحاکم أن یطالب الغیر بالترافع عنـد نفسه، لکن لأخیه مطالبته بالترافع عنده، و هل ینفذ حکمه حینئـذ؟ ذکروا أنه إذا حکم لأـخیه نفـذ فی حصه أخیه و لاـ ینفـذ فی حصه نفسه. و هـذا فیه بحث، لأنه إذا ثبت کون المال إرثا کان النصف الأخر للحاکم فی الفرض المذکور و الا لزم التفکیک بین اللازم و الملزوم.

و أجاب المحقق النراقى «قده» بأن اللوازم الشرعيه ليست كالعقليه بل هى قابله للاستثناء.

و فيه: انه لا يمكن المساعده عليه، لان الواقع لا ينقلب عما هو عليه، لان هذا المال ان كان لأبيهما واقعا كان الحاكم و أخوه شريكين فيه، و ان لم يكن له فليس لأحدهما فيه شىء. نعم يمكن التفكيك فى فصل الخصومه بأن ترفع بالنسبه إلى حصه أخيه و يترافع هو و الغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه فى حصته خاصه.

و لما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، و ذلك فى حال الشك فى كون المال إرثا، نظير ما إذا تيقن زيد بتنجس ماء معين و شك عمرو فيجب على الأول الاجتناب عنه دون الثانى فله البناء على طهارته الظاهريه فحصل التفكيك فى الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه ان كان طاهرا واقعا جاز لهما شربه، و ان كان متنجسا واقعا وجب عليهما الاجتناب عنه.

فظهر إمكان التفكيك فى الحكم الظاهرى فى حال الشك فى كون ذلك المال إرثا، و أما مع إحراز كونه كذلك فلا يمكن التفكيك بين السهمين.

و قد فرق السيد فى مسأله الشركه فى صوره كون مورد الدعوى عينا بين ما إذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عن حصه أخيه و بين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره

فی مال و وقع النزاع فیه بینهما و بین غیرهما نفذ حکمه فی حصه شریکه لا فی حصه نفسه. مثلا: إذا تنازع أخوه مع غیره فی مال مشترک بینه و بین أخیه من طرف الإرث و ترافعا الیه فحکم لأخیه نفذ فی حصه أخیه و لا ینفذ فی حصه نفسه، و لا یشترک مع أخیه فی تلک الحصه التی ثبتت لأخیه، إلا إذا کانت الدعوی فی عین و قد قسمها أخوه مع ذلک الغیر و أفرز حصته، إذ حینئذ یشترک معه فی تلک الحصه لإقراره بالشرکه. و أما قبل القسمه فلا یشترک معه، فلأخیه أن ینقلها الی غیره علی إشاعتها. و أما إذا کانت الدعوی دینا فلا یشارکه مطلقا و لو بعد القبض علی الأقوی.

و فیه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم یکن فرق بین العین و الدین و ان لم یستلزمه فکذلک، فالتفریق بینهما لا وجه له.

و لو تنازع جماعه مشترکون فی مال مع غیرهم فأقاموا شاهدا واحدا و حلف بعضهم دون بعض، فإنه یثبت حصه الحالف دون غیره، لان یمین کل واحد منهم جزء، و لولاه فالخصومه باقیه.

ص:۱۴۲

آداب القاضی و القضاء

اشاره

و هی قسمان:

الآداب المستحبه،

الآداب المکروهه

ص:۱۴۳

آداب القاضی و القضاء قال المحقق «قده» : «النظر الثانی فی الآداب (۱)و هی قسمان:

مستحبه و مکروهه.

فالمستحب: أن یطلب (۲)) من أهل ولایته من یسأله عما یحتاج

ص:۱۴۵

إليه فى أمور بلـده، و أن يسـكن عنـد وصوله فى وسط البلـد ليرد الخصوم عليه ورودا متساويا، و أن ينادى بقـدومه ان كان البلد واسعا لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء، و أن يجلس للقضاء فى موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول اليه، و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم (۱)) .

و لو حكم فى المسـجد صلى عند دخوله تحيه المسجد، ثم يجلس مستدبر القبله ليكون وجه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبله لقوله عليه السلام: خير المجالس ما استقبل به القبله، و الأول أظهر (۲)) .

ثم يسأل عن أهل السـجون و يثبت أسـماءهم و ينادى فى البلـد بـذلك و يجعل له وقتا، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحـد واحـد و يسأله

عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده و الا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه (١)) .

و كذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لى فإنه ينادى فى البلد، فان لم يظهر له خصم أطلقه. و قيل: يحلفه مع ذلک (۱)) .

ثم يسأل عن الأوصياء و عن الأيتام و يعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضم مشارک ان ظهر من الوصی عجز.

ثم ينظر فی أمناء الحاکم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاکم و لأموال الناس من وديعه و مال محجور عليه، فيعزل الخائن و يسعد الضعيف بمشارک أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

ثم ينظر فی الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمنه، و يتسلم ما عرّفه الملتقط حولا ان کان شیء من ذلک فی يد أمناء الحاکم، و يستبقی ما عدا ذلک مثل الأثمان و الجواهر محفوظه على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر.

و يحضر من أهل العلم (۲)) من يشهد حکمه فإن أخطأ نبهوه، لأن

المصيب عندنا واحد. و يخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرره.

و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال (۱)) .

و إذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب لزوم النمط.

ص:۱۴۹

(و الآداب المکروهه)

و الآداب المکروهه أن یتخذ حاجبا وقت القضاء (۱)) و أن یجعل المسـجد مجلسا للقضاء دائما، و قیل: لا یکره مطلقا التفاتا الی ما عرف من قضاء علی علیه السلام بجامع الکوفه (۲)) ، و أن یقضی و هو

ص:۱۵۰

غضبان (۱)) ، و كذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع و العطش و الغم و الفرح و مدافعه الأخبثين و غلبه النعاس (۲))

فلو قضـى و الحال هذه نفذ إذا وقع حقا، و أن يتولى البيع و الشـراء لنفسه (١)) ، و كذا الحكومه (٢)) ، و أن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجه، و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم.

و يكره أن يرتب للشـهاده قوما دون غيرهم، و قيل يحرم لاسـتواء العدول فى موجب القبول و لأن فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار (٣)) .

ص:١٥٢

مسائل

اشاره

هـل للقاضـی أن یحکم بعلمه؟ حکم مـا لو لم یعرف الحاکم عـداله البینه هل للحاکم الثانی نقض حکم الأول؟ فی تتبع الحاکم حکم من قبله فی دعوی ان المعزول حکم علیه بشـهاده فاسـقین فی تعدد و عداله مترجم الحاکم فی شرائط کاتب القاضی فروع حول عـداله الشاهـدین فی تفریق الشـهود عنـد الشـهاده فیما یعتبر فی الشـهاده بالجرح فی الحکم باسـتمرار العـداله حتی تبین ما ینافیهـا فی کتابه الحاکم قضایا کل أسـبوع هل یجب علیه کتابه المحضـر؟ یکره له ان یعنت الشـهود لا یجوز له أن یتعتع الشاهد یکره له ان یضیف احد الخصمین فی حرمه الرشوه فی إحضار الخصم الی مجلس القضاء

ص:۱۵۳

المسأله الأولی

(هل للقاضی أن یحکم بعلمه؟)

قال المحقق: «و هنا مسائل-الأولی: الإمام علیه السلام یقضی بعلمه مطلقا، و غیره من القضاه یقضی بعلمه فی حقوق الناس، و فی حقوق اللّه تعالی علی قولین أصحهما القضاء. و یجوز أن یحکم فی ذلک کله من غیر حضور شاهد یشهد الحکم» .

أقول: أما حکم قضاء الامام بعلمه فلا ثمره للبحث عنه (۱)) الا من

ص:۱۵۵

جهه أنه إذا ثبت أن الامام علیه السلام لا یقضی بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغیره من القضاه بعلمه بالأولویه، و لکن قد وجدنا أنه علیه السلام قد قضی بعلمه فی بعض الموارد، الا ـ أن هذا بوحده لا یکفی للقول بجوازه لغیره کما لا یخفی، بل لا بد من ملاحظه الأدله بالنسبه الیه.

و أما غیر الامام من القضاه فلا کلام و لا إشکال فی حکمه بعلمه فی الشبهات الحکمیه، فلو تنازع الولد الأکبر مع سائر الورثه فی حکم الحبوه لاختلاف فتوی مقلدیهما فی المسأله فتراضیا بالترافع عند مجتهد ثالث حکم بینهما بما رآه و لزم علی الطرفین قبول حکمه.

و انما الکلام فی الشبهات الموضوعیه کما إذا تنازع زید مع عمرو فی مال و علم القاضی بأنه لزید فهل له أن یحکم بعلمه من دون بینه أو إقرار أو لا ـ؟ الحق هو الأول–وفاقا للمشهور بل حکی الإجماع علیه عن جماعه من الأکابر، و قد حکی عن بعضهم التفصیل بین حق اللّه و حق الناس فأجازه فی الأول دون الثانی، و عن آخر

التفصيل على عكسه-لما تقرر فى محله فى القطع الموضوعى من أنه إذا أخذ القطع فى موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الاماره مقامه فى العمل، (بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص) ، فإذا كان الظن الحاصل من البينه بما هى طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها فان العلم أقوى من البينه فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويه (١)) .

و يدل عليه-بعد الإجماع-ما ذكروه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم و استلزامه عدم وجوب إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

و يدل عليه أيضا عموم ما دل على الحكم بالحق و القسط و العدل فإذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك و كان على عمرو قبوله.

و أشكل المحقق العراقى «قده» على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم و الحق و القسط و العدل هو الحكم و الحق و أخويه فى نفس الواقعه، و لازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحجه عليه، و لكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافى ما فى قوله: «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم» ، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعا

و لا تكليفا.

و يمكن رفع المنافاه بأنه و ان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هـذه الروايه تقضـى باعتبار أمر آخر مع ذلك و هو كون القاضى عالما بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم و فصل الخصومه.

و أمـا حمل الروايه على بيان شـرطيه العلم فى أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هـذا القاضـى من جهه تجريه على القضاء بغير علم و ان كان نافذا فخلاف الظاهر.

فيكون حاصل الجمع: ان الحكم النافـذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهـذه المطابقه و ان كان هذا العلم جهلا مركبا فى نفس الأـمر، و مع شـك المتخاصـمين بكون الحـاكم عالمـا بالواقع فلا ينفـذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، و مع علمهما بعـدم المطـابقه فيـؤثر الحكم فى رفـع الخصـومه خـاصه. فظهر أن العلم بوصـف الطريقيه جزء لموضـوع الحكم، و تقوم الـبينه و الايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهه أن العلم حجه بذاته و لا سبيل للجعل اليه بخلافهما.

هـذا، و لكن المسـتفاد من طـائفه من آيـات الكتاب العظيم كقوله تعالى «وَ لْيَحْكُمْ أَهْلُ اَلْإِنْجِيلِ بِما أَنْزَلَ اَللّٰهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ اَلْفاسِقُونَ» (۱) و قوله تعالى:

۱- ۱) سوره المائده:۴۷.

«وَ أَنِ اُحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّهُ .» (۱) أن علی الحاکم أن یحکم «بما أنزل اللّه» ، و ظاهر ذلک أن «ما أنزل اللّه» هو موضوع الحکم بین الناس، و مع العلم به یجب الحکم بحسبه عقلاـ و الاـ لم یجز الحکم لاـنه افتراء علی اللّه تعالی، فموضوع الحکم هو الواقع فقط، فان علم به حکم بحسبه و مع عدم العلم لم یجز له الحکم عقلا و لا شرعا.

و أما البینات و الایمان فلاـ تحمل علی ما هو الغالب کما فی الجواهر بل انها طریق شرعی لإحراز الموضوع-و هو الواقع-عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم و لا للبینات و الایمان فی فصل الخصومه.

و أما قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم فی قضیه الملاـعنه: «لو کنت راجما من غیر بینه لرجمتها» الظاهر فی توقف الرجم علی البینه بالرغم من علمه «ص» بالواقع فلا یمکن حمله علی مورد الشک.

فقد أجیب عنه بعدم ثبوته من طرقنا، و مع التسلیم فلاـ مانع من قیام الدلیل علی عدم ترتیب الأثر علی العلم فی إجراء بعض الحدود، بل للشارع أن لا یرتب الأثر علی الواقع فی مورد و ان کان المستفاد من آیات الکتاب کون الحکم من آثار الواقع.

و أما المتخاصمان فلاـ یحکم علیهما بالعمل بما أنزل اللّه، بل علیهما العمل بالحکم و تنفیذه، نعم لا یکلفان بذلک فی صوره علمهما بالخلاف، نعم الحکم یفصل الخصومه بینهما.

هذا و قد استثنی القائلون بالمنع صورا من القضاء بالعلم فأفتوا

۱- ۱) سوره المائده:۴۹.

فيها بالجواز:

(منها) تزكيه الشهود و جرحهم. قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعا على إقامه البينه للتعديل و أنه لا يكفى علم القاضى بالعداله، و لكن يندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فى هذه المسأله.

(و منها) تعزير من أساء الأدب فى مجلس القضاء و ان لم يعلم به غير القاضى حتى لا تقل أبهه القضاء.

(و منها) الإقرار ففى مجلس القضاء و ان لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن فى سعه من اقامه الدليل على الجواز فى هذه الموارد إذ المختار هو الجواز مطلقا، لكن على من استثناها بيان ذلك (۱)) .

ص:۱۶۲

المسأله الثانيه

(حكم ما لو لم يعرف عداله البينه)

قال المحقق «قده» : «إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدلها. قال الشيخ رحمه اللّه: يجوز حبسه لقيام البينه بما ادعاه. و فيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينه حق يوجب العقوبه» .

أقول: فى المسأله قولان، و قد جعل بعضهم الخلاف فى المسأله مبينا على الخلاف فى أن العداله فى البينه شرط فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها فيكون قيام البينه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفى فى ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها و مع الشك فيه فالأصل عدمه.

و قد يؤيد الأول بأن الأصل فى الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، و بأن الأصل فى فعل المسلم هو الصحه فتحمل الشهاده على الصحه و يحكم على طبقها.

ص:۱۶۳

و فی ذلک کله نظر إذ لا یقتضی شیء من هذه الوجوه جواز حبسه و لا سیما فی حال استلزام ذلک بقائه فی السجن مده من الزمن فأما أصاله الصحه فهی تجری فی فعل المسلم لا بالنسبه إلی شخصه، و أما کون الأصل فی کل شخص مسلم هو العداله فلیس هذا أصلا عقلائیا یبنی العقلاء علیه أمورهم، و إجراء أصاله الإسلام بالنسبه الی من شک فی کونه مسلما فی بلد أکثر أهله مسلمون هو من باب الغلبه، و لیست العداله فی هذا الحد بین المسلمین.

فالحق-وفاقا للمشهور-عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو کذلک حتی علی القول بمانعیه الفسق، لانه و لو سلم تمامیه قاعده المقتضی و المانع لا یحصل القطع بالحق ما لم یقطع بعدم المانع، علی أن مقتضی القول بتمامیه القاعده فی المقام هو الحکم رأسا لا الحبس ریثما یثبت الحق.

و بالجمله فما لم تثبت عداله البینه لا یجوز الحبس.

ص:۱۶۴

المسأله الثالثه

اشاره

(هل للحاكم الثانی نقض حکم الأول)

قـال المحقق «قـده» : «لو قضـى الحـاکم على غريم بضـمان مـال و أمر بحبسه فعنـد حضور الحـاکم الثانى ينظر، فان كان الحكم موافقا للحق لزم و الا إبطه، و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانی فیه الخطأ فإنه ینقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ.»
.

أقول: لو قضـى الحاكم على غريم بضـمان مال و أمر بحبسه حتى يسـتوفى منه الحق ثم حضـر الحاكم الثانى بعـد موت الأول أو انعزاله مثلا، قال المحقق «قـده» : ینظر الثانی فی حكم الأول، فإن كان الحكم موافقا للحق أمضاه و ألزمه بدفع المال، و ان وجده مخالفا للحق أبطله. و فی المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فی أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم

ص:۱۶۵

علیه فلا یجوز له بعد الحکم الإباء عن قبوله أو المطالبه بتجدید المرافعه عنده أو عند حاکم آخر لانه رد علیه و الراد علیه کالراد علی الامام علیه السلام.

و لا إشکال فی عدم جواز إلزام المحکوم له بالحضور عند حاکم آخر للترافع مره أخری، و لو رضی المحکوم له بذلک فقیل:

لا- مانع من ذلک، و قیل: لا یجوز کذلک لعدم الأثر لرضا المحکوم له. و منشأ الخلاف هو هل یصدق الرد بذلک أو لا؟ و الأقوی هو القول الثانی لصدقه حینئذ، علی أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم لو ادعی المحکوم علیه تقصیر الحاکم الأول فی الحکم أو فی بعض مقدماته کان له الترافع معه عند حاکم آخر.

هذا کله بالنسبه إلی المحکوم علیه.

حکم نظر الثانی فی حکم الأول:

و أما بالنسبه إلی الحاکم الثانی فقیل بوجوب النظر علیه فی حکم الأول، و قیل: لا یجب علیه ذلک، و قیل: بل لا یجوز.

و منشأ الخلاف هو الخلاف فی صدق الرد علی النظر کذلک، لکن الظاهر العدم، کما أن جریان أصاله الصحه فی حکم الحاکم الأول لا- یقتضی حرمه النظر و السؤال عن الواقع فی ذلک المورد و لا دلیل علی وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقدا و شک فی صحته لم یمنع الاحتیاط بإجرائه مره أخری جریان أصاله الصحه فیه، فالظاهر جواز النظر فی الحکم و ان أمکن حمله علی الوجه الصحیح،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلک، و أما القول بالوجوب فمشكل جدا، لان الشک فى صحه حكم الحاكم الأول الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

و هل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجاريه فى البلد؟ الظاهر: لا إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم الأول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق «ينظر» فظاهره وجوب النظر، و به صرح فى الجواهر و قال فى المسالک بوجوب النظر فى صورتين إحداهما:

دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى حكمه، و الثانيه:

كون الغريم محبوسا و لم يفصل الأمر بعد.

أقول: ان كان النظر فى مورد لم تفصل الخصومه فيه فلا مانع منه بل هو واجب، و ان كان بعد تمام حكم الحاكم الأول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا وجه للقول بوجوب النظر و لا جوازه، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم. نعم على الحاكم الثانى حينئذ مراجعه الغريم، فان كان عنده ما يجب عليه أداؤه وجب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أما النظر فى الحكم فلا وجه له. و حمل عباره المحقق عليه غير صحيح، و لذا استشكل

فی الجواهر فی الفتوی بوجوبه، و حمل فی المسالک کلام المحقق علی مورد دعوی المحکوم علیه جور الحاکم الأول، و حمله فی الجواهر علی اراده النظر ان شاء. و فیه ان أدله حرمه النقض و إنفاذ الحکم تعم المورد الذی احتمل صدقه فیه فلا یجوز النظر، بل یحمل الحکم حینئذ علی الصحه. فظهر أنه لا بد من حمل عباره المحقق «قده» علی معنی آخر لا وجوب النظر، و ما ذکره الشهید الثانی هو الاولی.

بل لا یجوز النظر حتی مع تراضی الخصمین خلافا لصاحب الجواهر «قده» إذ لا وجه لذلک أیضا، مع صدق النقض و الرد علی هذا النظر، و حمل عباره المحقق علی هذا الوجه فی غیر محله، و لا ینافی ذلک ما ذکره الأصحاب فی آداب القضاء من نظر الحاکم الثانی فی المحبوسین، إذ لا منافاه بین استحباب النظر و عدم جواز تجدید الحکم بمعنی أن ینظر فی المحبوسین فمن وجده محبوسا بحکم حاکم ترکه فی الحبس.

نعم یجب تجدید النظر فی صوره دعوی المحکوم علیه کون حکم الحاکم الأول علی خلاف القواعد و الأحکام المقرره فی القضاء، فان کان حکمه عن تقصیر فهو ضامن، و ان کان عن قصور فضمانه من بیت المال.

فالحاصل: انه مع حکم الحاکم الأول و فصل الخصومه بحکمه و حبس المحکوم علیه لا یجوز تجدید النظر بمجرد امتناع المحکوم

عليه عن أداء الحق و ان رضى المحكوم له بذلك، و قد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر الا فى صوره دعوى المحكوم عليه مخالفه الحاكم الأول لاحكام القضاء فى حكمه فإنها مورد البحث و الكلام، فقيل بلزوم النظر و ان أمكن حمله على الوجه الصحيح، و أنه ينفذ حكم الحاكم الثانى و ان استلزم النقض. أقول: ان استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل و الا وجب النظر إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

و أما التتبع لحكم الحاكم الأول و التفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه و البحث عن صحته و عدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأول بوحده لا يكفى للحمل على الصحه، فلو حكم على الغريم بأداء الحق و أخذه منه و أعطاه لمن له الحق فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لانه نقض لحكمه أو لأنه ليس موردا للابتلاء، و أما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصا، فعند ما حضر الحاكم الثانى و أراد استيفاء الحق فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوغا لاستنقاذ الحق، لكن عباره المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

و كيف كان فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، الا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الإعسار سمعت دعواه و طولب بالبينه و أمهل حتى

الیسار کی یؤدی الحق، فظهر أن القول بالنظر فی هذه الصوره مشکل.

و أما لو ادعی المحکوم علیه جور الحاکم الأول فی الحکم فهل یکون سماعها ردا علی الحکم أو لا؟ التحقیق: أنه ان کان المراد من الحکم الواجب إنفاذه و المحرم نقضه هو الحکم الصادر بحسب القواعد و الأدله الشرعیه، فکل حکم لا یکون کذلک فلیس حراما نقضه، فلا وجه لقول صاحب الجواهر «و ان اقتضی نقض الأول» و أما إذا صدق علیه النقض فلا مناص من الالتزام بتخصیص أدله سماع الدعوی لأدله نفوذ الحکم، فلا یجوز نقض الحکم إلا إذا کان عن جور أو تقصیر.

و یکون المسوغ لأصل النظر فی الحکم مع وجود الأدله الإمره بحمله علی الوجه الصحیح هو دعوی المحکوم علیه جور الحاکم الأول فإن ذلک یوجب النظر فی الحکم مع وجود الأصل المذکور لان هذا الأصل لا یقتضی عدم جواز النظر.

فتلخص: ان الحق وجوب النظر فی هذه الصوره و علیه یحمل عباره المحقق کما فی المسالک، و أما حمله علی صوره تراضی الخصمین أو صوره صدور الحکم من الحاکم الأول من غیر استنقاذ للحق کما فی الجواهر فغیر صحیح کما تقدم، و قد عدل هو «قده» عن ذلک أیضا و حمله علی اراده النظر ان شاء و قد تقدم ما فیه أیضا.

ص:۱۷۰

متی یجوز النقض؟

و کیف کان فمع جواز النظر یجوز نقض الحکم بالدلیل الاجتهادی المعتبر، و لا یختص جواز النقض بصوره مخالفه الحاکم الأول للإجماع أو الدلیل المعتبر کالخبر المتواتر. و بعباره أخری:

ان کان الحکم الأول طبق الموازین الشرعیه فلا یجوز نقضه سواء بالقطع النظری أو غیره من الأدله المعتبره أو الظن الاجتهادی، و أما إذا کان الحاکم الأول مقصرا فی اجتهاده أو قد حکم غافلا عن دلیل معتبر فی المسأله فأخطأ علی أثر ذلک فی الحکم جاز نقض الثانی حکمه سواء کان عن قطع أو غیره.

و الأوضح أن یقال: ان أمکن للحاکم الثانی أن یعذر الأول فی حکمه-و ان کان مخالفا له فی الرأی-فلا یجوز نقضه، و ان لم یمکنه ذلک نقضه بلا اشکال، بل ان هذا لیس نقضا فی الحقیقه و انما یکون تنبیها علی الخطأ فی الحکم.

و لا فرق فی هذا بین العقود و الإیقاعات و غیرها حتی الأحکام الوضعیه کالطهاره و النجاسه و نحوهما. و لا بین حق اللّه سبحانه و حق الناس.

و أما دعوی الإجماع من بعضهم علی عدم جواز نقض الحکم الناشئ عن اجتهاد صحیح باجتهاد کذلک، و انما یجوز نقضه بالقطعی من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما. فمندفعه أو لا بأنه إجماع منقول و ثانیا: بأن المفروض بطلان ذاک الاجتهاد عنده بعد تبدل رأیه أو عند الحاکم الثانی، فلا یکون حجه حینئذ و لا یصدق

ص:

فی صحه البیع و عدمها و ترافعا الی مجتهد کان مذهبه عدم نجاسته و صحه البیع فحکم بصحته لزم علی المشتری العمل بحکمه و جاز له التصرف فی ذلک المائع، ففی هذا المورد بالخصوص یعمل بمقتضی الطهاره و یبنی علیها و ینقض الفتوی بالنسبه إلیه بذلک الحکم.

و أما بالنسبه إلی سائر الموارد فیعمل علی طبق مذهبه و هو القول بالنجاسه، و حتی أنه إذا لاقی ذلک المائع بعد حکم الحاکم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مره أخری یبقی علی ذلک ما لم یقع نزاع و لم یرجع الی الحاکم.

و حیث حکم بطهاره هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل یحکم بطهاره الملاقی کذلک أو لا؟ ان کان النزاع فی صحه البیع و بطلانه فحکم الحاکم بصحه البیع دون طهاره المائع فقیل فی هذه الصوره یحکم بصحه البیع و طهاره المائع الأول دون الملاقی.

و ان کان النزاع فی نفس الطهاره و النجاسه فمع الحکم بالطهاره یترتب جمیع آثار الطهاره علیه.

و سیجیء تتمه لهذا الفرع ان شاء اللّه تعالی.

و بالجمله فإن الحکم ینقض الفتوی من غیر فرق بین أن یکون الحکم فی العقود و الإیقاعات و الأحکام الوضعیه، فیجب تنفیذ الحکم مطلقا الا فی صوره القطع بمخالفته للواقع.

و أما انتقاض الفتوی بالفتوی فالظاهر ذلک، فلو عقد بنتا لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأیه فی المسأله و اختار القول

بنشر هذا العدد الحرمه قال فی الجواهر ببقاء الزوجیه، و هو مشکل لانه بناء علی الطریقیه فقد انکشف الخلاف و ظهر له بطلان هذا العقد من أصله، و بناء علی السببیه حیث یحکم باستمرار الحکم ففیه أنه مع کشف الخلاف ینکشف له عدم تحقق علقه الزوجیه بینهما، فالعقد باطل من أصله فکیف یستمر الحکم؟ و کذا الکلام فی ثوب غسل بماء أفتی بطهارته سابقا ثم تبدل رأیه و أفتی بنجاسته الان، فإنه یجب علیه تطهیر الثوب الان و الا لم تصح الصلاه فیه. و تفریق صاحب الجواهر بین النکاح حیث اختار فیه العدم و بین الثوب حیث اختار فیه النقض. غیر واضح و ان ادعی فی منیه الطالب الإجماع علی عدم النقض و تمسک فی الجواهر بالسیره، لأنه لو تم ذلک کان لازمه رفع الید عن الحکم الواقعی فی ذاک المورد و نظائره، و قد ذکرنا فی الحاشیه علی العروه فی مسأله عدول المجتهد عن فتواه أن الأحوط أن یرتب المقلد ما أمکنه من آثار الفتوی اللاحقه الا أن یدعی العسر و الحرج. و فیها اشکال آخر، فان الحرج یرفع التکلیف و لکنه لا یغیر الحکم الشرعی.

بم یتحقق الحکم؟

و هل یشترط فی وجوب امتثال الحکم کونه صادرا فی مورد نزاع و تخاصم؟ لا إشکال فی صدق الحکم ان کان فی مورد النزاع کما لا إشکال فی نفوذ الحکم الصادر فی غیر المورد المذکور کالهلال-مثلا-، و أما إذا حکم فی مورد نزاع قبل التحاکم إلیه

ففی نفوذه إشکال، الا أن یقال بأن نفوذ حکمه هو من جهه کونه منصوبا من قبل الامام علیه السلام و أنه کما ینفذ حکم الامام من غیر تخاصم فهو کذلک، و لکن فی صدور مثل هذا الحکم من الامام تأمل، علی أن المعروف کون الحکم بعد التحاکم.

و لا- إشکال فی تحقق الحکم بلفظ «حکمت» و «أنفذت» و نحوهما کقوله: «ادفع الیه ماله» بقصد الإنشاء. و هل یتحقق بقوله: ثبت عندی؟ الظاهر: العدم و لذا یمکنه نقضه بعدئذ.

و هل یتحقق الحکم بالفعل کأن یعطی الشیء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحکم؟ فیه اشکال، للشک فی شمول الإطلاقات له. و القدر المتیقن من الحکم کل لفظ ظاهر فی إنشاء الحکم فلا یکفی الفعل و الکتابه و نحوهما.

هل یجب علی المجتهد الاعلام بتغیر رأیه؟

هذا و مع تغیر رأی المجتهد یجب علیه اعلام مقلدیه بذلک؟ أقول: أما بالنسبه إلی المجتهد فإنه مع تغیر رأیه-بحیث یکون الرأی الثانی مقتضیا لفساد الأول من الان-علی الأقل-یجب الإعلام لأمرین أحدهما: ان لازم تغیر رأیه کذلک بطلان عمل مقلدیه بالرأی السابق، و الأخر: وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و إرشاد الجاهل، فبناء علی هاتین المقدمتین یجب علی المجتهد اعلام مقلدیه بتغیر رأیه.

و أما مع العدول لدلیل ظنی لا یقتضی فساد الاجتهاد الأول فقیل:

لاـ یجب الاعلام، و هو مشکل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده علی خلاف الرأی السابق لا یبقی له ظن بذلک الرأی بل ینقلب الی الشک، فالحق أنه لا فرق بین العدول بدلیل قطعی أو بدلیل ظنی فان کلا منهما یرفع طریقیه الظن السابق و یوجب سقوطه عن التأثیر و دعوی القطع بعدم وجوب الاعلام غیر واضحه، و التمسک بسیره العلماء و اختلاف فتاواهم فی الکتاب الواحد یتوقف تمامیته علی استمرارها و اتصالها بزمن المعصوم علیه السلام.

و أما بالنسبه إلی المقلد فان المقلد إذا لم یعلم بتغیر رأی المجتهد یعمل بالفتوی التی تعلمها، فان لم یطابق الواقع فهو معذور و غیر آثم، و معه فلا یجب علی المجتهد الاعلام إذ لا موضوع للنهی عن المنکر و الأمر بالمعروف بالنسبه الیه، و ان کان شاکا فی تغیر رأی مقلده کان له استصحاب بقاء الرأی السابق، أو استصحاب عدم تغیره، و حینئذ فلا أثم علیه فلا موضوع للنهی عن المنکر و الأمر بالمعروف بالنسبه إلیه کذلک، و ان علم بتغیر الرأی وجب علیه العمل بالرأی اللاحق.

و أما مع ترک التفحص و العمل بالفتوی السابقه و قد کان الرأی متغیرا فی الواقع، فإن أفتی المجتهد بصحه عمله فهو، و الا فقد قیل بجریان الاستصحاب هنا، و توضیحه: إذا تیقن سابقا بأن الواجب فی الصلاه ثلاث تسبیحات ثم شک فی صحه هذا الیقین کان مقتضی دلیل الاستصحاب العمل علی طبق الیقین السابق، و هنا المقلد متیقن من صحه صلاته-مثلا-و مع الشک فی صحه یقینه بالصحه یستصحب.

ص:۱۷۶

قال: فان تم استفاده هذا المعنی من دلیل الاستصحاب کانت صلاته بدلا عن الواقع. و أما علی قول جماعه من بعد استفاده هذا المعنی من الدلیل فلا سبیل الی تصحیحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا یوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا یجب الاعلام، و أعمال المقلد صحیحه لأن کلا من الرأیین مستند الی دلیل ظنی.

و عن المحقق القمی «قده» ان المقلد ان عمل بلا تقلید ثم ظهر مطابقته لرأی مجتهد صح عمله، لکن فی العروه: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل و ان کان مطابقا للواقع، و قد ذکرنا فی التعلیقه ان هذا ان کان عبادیا و لم تتمش منه القربه (1) ، و أما التوصلی فصحیح، و أما إذا اتفق مطابقته للواقع و تمشی منه قصد القربه فلا تحب الإعاده.

و عنه «قده» : ان طابق العمل فتوی المجتهد و شک فی مطابقه الفتوی للواقع فیحمل علی الصحه بعد العمل. قلت: الحمل علی الصحه «بعد العمل» له صور:

۱-أن یشک بعد العمل، کأن یشک بعد الفراغ من الوضوء فی تحریک خاتمه مثلا، فهنا یحمل علی الصحه عند الکل.

۲-أن یعلم-فی المثال المذکور-بعدم تحریکه للخاتم فی حال الوضوء لکن یحتمل نفوذ الماء الی تحته. و هذه الصوره خلافیه.

۱- ۱) أنظر: العروه الوثقی، المسأله ۱۶ من مسائل التقلید.

۳-أن يعلم بعـدم التحريک و عـدم النفوذ معا، فلو أن مجتهدا أفتى بعدم إخلال ذلک فی صـحه الوضوء و شک فی مطابقه هذه الفتوى للواقع فهل يحمل الوضوء على الصحه الواقعيه؟ مقتضى كلام القمی:

نعم. و هو مشكل جدا.

كالإشـكال فيما قـد يقال بصـحه العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعاه على خلاف الاجتهاد أو التقليد و كان موافقا لأحد الآراء فی المسـأله، بـل الأصـل فی العقود هو الفسـاد. هـذا فی صوره الاحتمال و أما مع وجود الطريق عنـده الى بطلان هـذا العقـد فلا يحكم بصحته بالأولويه:

و أما لو أتى بالاعمال مده من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الالتفات الى وجوب التقليد يجب عليه ذلک، ثم ان كل ما طابق من أعمـاله السابقه فتوى المجتهـد الـذى يريـد تقليـده فصـحيح، لان فتوى المجتهـد تكون طريقا الى الواقع، و الا فإن أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو و الا لزمته الإعاده.

و لو أوقعا العقد و تنازعا فی صحته تبعا لفتوى مقلديهما وجب الرجوع الى حاكم ثالث و حكمه نافذ فی حقهما.

و الحاصل فی مسأله الاعلام بتغير الرأی: أنه ان كان المجتهـد يرى صـحه إعمال المقلد حسب الفتوى السابقه فلا يجب الاعلام، و أما مع القطع ببطلانها فيجب. قال فی الجواهر: «بل الظاهر اتحاد الحكم و الفتوى فی ذلک» يعنی: انه ينكشف له بطلان الحكم

من حينه لا أنه ينقضه الان.

و المقلد إذا شك فى تغير رأى المجتهد استصحب و كان عمله صحيحا، و المراد من الصحه أنه ان طابق الواقع فهو و ان كان على خلافه كان معذورا و قد أدرك مصلحه العمل بالحكم الظاهرى بناء على الاجزاء، و ليس المراد من الصحه هو صحه عمله سواء طابق أو لا. و إذا كان الأمر كذلك لم يجب على المجتهد اعلامه بتغير رأيه.

نعم يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوّت المصلحه على المقلد.

الا أنه قد يجاب بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت فى مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقا للواقع؟ الأقوى: انه لا يجوز له السكوت، لانه هو السبب فى وقوع المقلد فى خلاف الواقع (و أما إذا لم يكن السبب فلا يجب الاعلام و المنع عن اجراء الاستصحاب إلا فى الدماء و الفروج لاهميتها) فيجب عليه الاعلام من هذه الجهه لا من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و كذا الأمر فى صوره تيقن المقلد بعدم تغير فتوى مقلده و كون عمله طبق الفتوى السابقه مع تغيرها فى الواقع، فهنا جهل مركب و لا حكم ظاهرى فإن الأقوى حينئذ وجوب الاعلام و ان طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لان هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الاعمال.

و أما ما عن القمى من صحه عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبنى على ما ذكروا فى الأصول من أنه إذا قامت حجه و كان عمل الشخص بلا التفات إليها ثم صادف العمل تلك الحجه صح عمله و جاز للعبد الاحتجاج بتلك الحجه و ان كان حين عمله جاهلا بها، لكن فيه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتفاقا تكفى لصحه العمل، أما مطابقته للحجه التى لا يعلمها لا توجب صحه العمل عقلا، بل العقل يجوّز مؤاخذه المولى للعبد فى مثل المورد.

ثم انه لو كان كل من الصحيح و الفاسد معلوما ثم شك فى صحه عمله جرت أصاله الصحه، و أما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليتمسك به.

المسأله الرابعه

(فی تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق «قده» : «ليس علی الحاكم الثانی تتبع حكم من كان قبله» .

أقول: ليس علی الحاكم الثانی تتبع حكم الأول حملا لذلك الحكم علی الصحه، و ان جاز له ذلك سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا- للأصل. و أشكل فی الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الأول، فعليه ترك التتبع لئلا يؤدی الی ذلك و حمل الحكم علی الصحه و إنفاذه، نعم إذا طولب بالحكم فی المسأله كان عليه الفحص و التتبع. و فيه: ان العثور علی خطأ الحاكم الأول لا يوجب القدح فيه البته حتی لا يجوز، إذ لا يسلم من الخطأ الا أهل العصمه عليهم الصلاه و السلام.

نعم لو علم بأن تفحصه سيؤدی إلی العلم بفسق الحاكم الأول لم يجز له التتبع إلا إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس

محترمه مثلا.

و بـالجمله فإن النظر فى حكم الأول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أو يتوقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، و العثور على الخطأ ليس بقادح.

و قـد حمـل فى الجواهر قول بعضـهم بلزوم النظر على الثـانى على صوره عـدم تمـام حكم الحـاكم الأول أو تراضـى الخصـمين بتجديد النظر.

نعم لو علم الثانى بفساد حكم الأول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق اللّه تعالى أو حقوق الناس، و قيل: لو رضى المحكوم له بذلك فى حقوق الناس.

قال المحقق: «لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لزمه النظر» .

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، و أوضحه بقوله: لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «البينه على المدعى» و غيره.

أقول: و أى دلاله لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى و النظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فان قيل: لعل وجه الدلاله أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور فان الحاكم الثانى يطالبه بالبينه و ينظر فى القضيه، فنقول

ان الأمر الاجتهادى و الحكم الشرعى ليس من الأمور التى تقام البينه عليها، بل يجب عليه النظر فى حكم الأول و أدلته-عند دعوى الجور-ثم الحكم فى القضيه عن علم.

فظهر أن مورد النظر فى حكم الأول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثانى بفساد حكمه، و من هنا قال المحقق:

«و كذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله سواء (۱)) كان من حقوق اللّه تعالى أو حقوق الناس» .

و قيل: ان الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام خصوصا أو عموما له الولايه على الناس و حكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم.

هذا ما قاله بعضهم و لذا حمل كلام المحقق على صوره كون الحاكم الأول معزولا-و لا ولايه له على المحكوم عليه حين الدعوى.

لكن فيه: ان النظر فى حكم الأول فى صوره العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ليس نقضا لحكمه وردا عليه، و هو و ان كان له الولايه الا-أنه قد ولى لأن يحكم بالحق و مع الجور فى الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه، و المولى عليه ان علم

ص:۱۸۳

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقه بأموره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأه و ظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجيه، لأنه كان وليا عليه لان يوقع عقدا صحيحا و حيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، و ترتب الأثر على رده عند ما يكون متمكنا منه.

ص:۱۸۴

المسأله الخامسه

(فی دعوی أن المعزول حکم علیه بشهاده فاسقین)

قال المحقق: «إذا ادعی رجل أن المعزول قضی علیه بشهاده فاسقین وجب إحضاره و ان لم یقم المدعی بینه، فان حضر و اعترف ألزم» .

أقول: إذا ادعی أن له عند الحاکم المعزول حقا من دین و نحوه أو قال: ارتشی منی، وجب إحضاره للفصل بینهما بحسب الموازین الشرعیه کغیرها من الدعاوی.

و ان ادعی أنه قضی علیه بشهاده فاسقین عنده و عادلین عند الحاکم لم یکن علی الحاکم شیء، لان المفروض حکمه بشهاده شاهدین عادلین، فان جاء المدعی بالبینه لجرحهما فهو و الا فلا تسمع دعواه.

و ان ادعی أنه قد حکم علیه بالجور لانه قد حکم بشهاده فاسقین عنده أیضا ففی هذه الصوره قال المحقق: یجب علی الحاکم إحضار الحاکم الأول و ان لم یقم المدعی البینه، ثم بعد إحضاره یطالب

المـدعی بـالبینه، فإن أقامها فهو و الا فإن اعترف الحاکم الأول بما یـدعیه المـدعی ألزم، و ما قطع به «قـده» هو مـذهب الأکثر. و قیل:

لا یحضر الحاکم الا أن یذکر المدعی أن له بینه بذلک.

و علی تقـدیر إحضاره-سواء قلنا بجوازه مطلقا أو بعد ذکر المدعی وجود البینه-فإن أقام المدعی البینه حکم الحاکم فی القضـیه بحسب الموازین الشرعیه، و ان اعترف الحاکم ألزم، و ان قال:

ما حکمت علیک بشـهاده فاسـقین کان منکرا و الخصم هو المـدعی «و ان قال: لم أحکم إلا بشـهاده عادلین قال الشـیخ: یکلف البینه لأنه اعترف بنقل المال و هو یدعی بما یزیل الضمان عنه» و یکون خصمه المنکر، فإن أقام البینه فهو و الا حلف الخصم.

قال المحقق: «و یشـکل بما أن الظاهر استظهار الحکام فی أحکامهم فیکون القول قوله مع یمینه لأنه یدعی الظاهر» و هذا مذهب الأکثر، فعلی من ادعی خلاف الظاهر-و هو الخصم- إقامه البینه علی دعواه کما هی القاعده المقرره فی نظائر المسأله.

و مورد البحث فی هـذه المسأله هو الحاکم المنصوب من قبل الامام علیه السـلام فی زمن الحضور و المعزول من قبله، و أما قبل العزل فلا تسمع دعوی المولی علیه، و به صرح فخر المحققین فی شرح القواعد، و من هنا قید المحقق ب «المعزول» (۱)) .

ص:۱۸۶

المسأله السادسه

(فی تعدد و عداله مترجم الحاکم)

قال المحقق «قده» : «إذا افتقر الحاکم الی مترجم لم یقبل الا شاهدان عادلان و لا یقنع بالواحد عملا بالمتفق علیه» .

أقول: إذا افتقر الحاکم الی المترجم، فقد حکی الإجماع علی اشتراط کون المترجم بالغا عادلا ـ و ان کانت السیره قائمه علی القبول و ترتیب الأثر مع الوثوق و الاطمئنان و ان لم یکن المترجم بالغا عاقلا، فالناس فی حوائجهم الشخصیه یکتفون بالطریقه النوعیه لکلام المترجم و لا یشترطون فیه ذلک.

انما الکلام فی التعدد فهل یکفی المترجم الواحد البالغ العاقل أو لا بد من التعدد؟ فهل هو کالبینه حیث یشترط التعدد أو کخبر الواحد فیکفی الواحد؟ ان کانت الترجمه شهاده فلا بد من التعدد لقوله تعالی:

ص:۱۸۹

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» ((۱)) و ان كانت اخبارا أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدله حجيه خبر الواحد لجميع الإخبارات، قال المحقق بلزوم التعدد لانه القدر المتيقن من الحجه، و كأنه «قده» غير جازم بكون الترجمه خبرا أو شهاده، إذ لو كان جازما بكونه خبرا لأفتى بكفايه الواحد، و ان كان جازما بكونه شهاده لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين و أفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك فى حجيه ترجمه الواحد.

و قيل: الروايه خبر و الشهاده خبر و لكن اشترط فى حجيه الثانى أن يكون المخبر متعددا، فأدله حجيه خبر الواحد تقتضى حجيته إلا ـ فى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، و مع الشك فى كون الترجمه شهاده يتمسك بعموم أدله حجيه خبر الواحد أخذا بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل ((۲)) .

۱- ۱) سوره الطلاق:۲.

۲- ۲) و يمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجيه خبر الواحد هى السيره و هى قائمه على اعتبار خبر الثقه فى الاحكام و الموضوعات على السواء، و لما كان اعتبار السيره متوقفا على عدم ردع الشارع، فإنه فى كل مورد قام الدليل الشرعى على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعا فى ذاك المورد، و حيث لم يرد نص فى اعتبار التعدد فى خصوص الترجمه ليكون رادعا عن السيره

و أجاب فی الجواهر بأن الشهاده غیر الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباینان و لیست الشهاده خبرا مقیدا بتعدد المخبر حتی یقال فیه ذلک. هذا أولا.

و ثانیا: ان عمده الأدله لحجیه خبر الواحد هو السیره، و هو دلیل لبی یؤخذ منه بالقدر المتیقن و هو غیر الترجمه.

فإن قیل: ان آیه النبإ (۱)) مطلقه و مفهومها عدم وجوب التبین عند اخبار العادل، و المترجم العادل یخبر فلا یشترط فیه التعدد. و أجاب فی الجواهر: بأن التبین غیر واجب، و لکن التعدد أمر آخر لا تنفیه الآیه، و لا منافاه بین عدم وجوب التبین و لزوم تعدد المخبر لدلیل خاص.

و أیضا: آیه النبإ وارده فی مورد موضوع خاص یحتاج إلی البینه.

و أیضا: آیه النبإ یمکن أن نقول بأنها لیست فی مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هی فی مقام بیان عدم جواز ترتیب الأثر و التعویل علی قول الفاسق، و بعباره أخری: ینکر أن یکون للایه مفهوم.

ص:۱۹۱

و الحاصل: انه لا إطلاق للايه الكريمه.

و الاولى أن نقول: ان لم تكن الترجمه فى مورد الحكم و مقام الترافع -نظير الواعظ الذى يقرأ الروايه على المنبر و يترجمها- كفى الواحد، و السيره قائمه على قبول هذه الترجمه، بل الترجمه فى هذه الحاله نظير الرجوع الى أهل الخبره عرفا، و ان كانت فى مورد الحكم و توقف القضاء عليها اشترط فيه التعدد. و بالجمله:

ان كليهما اخبار غير أنه فى مورد الترافع شهاده فيعتبر التعدد و فى مورد غيره اخبار، و حيث تكون الترجمه للشهاده فى مورد الترافع فإنها تكون شهاده على الشهاده، و عليه ففى الشهاده على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعه يكفى أن يكون المترجم اثنين.

و كذا فى مورد لا يسمع الحاكم الشهاده، فمع الحاجه الى مسمع الحاكم يكفى الاثنان و ان لزم أن يكون الشهود أربعه.

ص:١٩٢

المسأله السابعه

(فی شرائط کاتب القاضی)

قال المحقق «قده» : «إذا اتخذ القاضی کاتبا وجب أن یکون بالغا عاقلا مسلما عدلا بصیرا لیؤمن انخداعه، و ان کان مع ذلک فقیها کان حسنا» .

أقول: و یشترط أن یکون مع ذلک مؤمنا. و قد قال المحقق:

«إذا اتخذ» لکن فی المسالک: ینبغی للحاکم أن یتخذ کاتبا لمسیس الحاجه الی کتب المحاضرات و السجلات و الکتب الحکمیه، و الحاکم لا ـ یتفرغ لها غالبا، و من المشهور أنه کان لرسول اللّه «ص» کتاب و کذا لغیره من الخلفاء. و ذکر فی المسالک أوصافا أخری اشترطها فی الکاتب استحبابا حیث قال: و یستحب أن یکون مع ذلک وافر العقل، عفیفا عن المطامع الفاسده، لکیلا یخدع من غیره بمال و غیره، و أن یکون فقیها لا یؤتی من جهل. و أن یکون جید الخط ضابطا للحروف لئلا یقع فی الغلط و الاشتباه.

ص:۱۹۳

و عن بعض العامه: ان الكتابه هی للتذكر فلا يشترط فی الكاتب وجود شـیء من هذه الأوصاف بل يجوز أن يكون غير مسـلم و لا عادل.

أقول: يحتـاج الى هـذه الأوصـاف فی الكـاتب حـتی علی القول بعـدم الاعتبـار للقرطـاس، و ذلـک من جهـات أخری كاشـتمال المكاتبات علی أمور يجب أن يكون كاتبها مسلما عدلا لكی يتمكن من استئمانه عليها و يحصل الاطمئنان بها.

المسأله الثامنه

اشاره

(فروع حول عداله الشاهدين)

قال المحقق: «الحاكم ان عرف عداله الشاهدين حكم و ان عرف فسقهما اطرح و ان جهل الأمرين بحث عنهما» .

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه و طالبه الحاكم بإقامه البينه فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم و لا حاجه الى التزكيه، و ان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، و ان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه-إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما-فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم إذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى: أ لك حجه؟ فان أقام بينه يرضاها و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه و ان لم يكن له بينه حلف المدعى عليه باللّه ما لهذا قبله ذلك الذى

ادعاه و لا شـیء منه. و إذا جاء بشـهود لا یعرفهم بخیر و لا شـر قال للشـهود: أین قبائلکما؟ فیصـفان، أین سوقکما، فیصفان، أین منزلکمـا؟ فیصـفان. ثم یقیم الخصوم و الشـهود بین یـدیه ثم یأمر فیکتب أسامی المـدعی و المـدعی علیه و الشـهود و یصف ما شهـدوا به، ثم یـدفع ذلک الی رجل من أصـحابه الخیار، ثم مثل ذلک الی رجل آخر من خیار أصـحابه، ثم یقول: لیـذهب کل واحـد منکما من حیث لا یشـعر الأخر إلی قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذی ینزلانه فیسأل عنهما، فیذهبان و یسألان، فإن أتوا خیرا و ذکروا فضـلا رجعوا الی رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم فأخبراه، أحضر القوم الذی أثنوا علیهما و أحضر الشـهود، فقال للقوم المثنین علیهما: هـذا فلان ابن فلان، و هـذا فلان ابن فلان أ تعرفونهما؟ فیقولون: نعم، فیقول: ان فلانا و فلانا جاءنی عنکم فیما بیننا بجمیل و ذکر صالح إنکما قالا، فان قالوا: نعم، قضـی حینئذ بشـهادتهما علی المدعی علیه، فان رجعا بخبر سیئ و ثناء قبیـح دعا بهم، فیقول: أ تعرفون فلانا و فلانا؟ فیقولون: نعم. فیقول: اقعـدوا حتی یحضـرا فیقعـدون فیحضـرهما فیقول للقوم: أ هما هما؟ فیقولون: نعم، فإذا ثبت عنـده ذلک لم یهتک سـرا بشاهـدین و لا عابهما و لا وبخهما، و لکن یـدعو الخصوم الی الصـلح، فلا یزال بهم حتی یصـطلحوا لئلا یفتضـح الشـهود و یستر علیهم، و کـان رؤوفـا رحیمـا عطوفـا علی أمته، فإن کان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا یعرفون و لا قبیله لهما و لا سوق و لا دار،

أقبل على المـدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فان قال ما عرفنا الا خيرا غير أنهما قـد غلطا فيما شـهدا على أنفـذ شـهادتهما، و ان جرحهما و طعن عليهما أصلح بين الخصم و خصمه و أحلف المدعى عليه و قطع الخصومه بينهما» (۱) .

قال: «و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما. و قال فى الخلاف: يحكم و به روايه شاذه» .

أقول: لو جهل الحاكم إسـلام الشاهـدين أو عدالتهما من جهه الشك فى إسـلامهما فلا خلاف فى وجوب التوقف عن الحكم و التفحص عن حالهما، و كـذا لو عرف إسـلامهما و جهل عـدالتهما عند المشـهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، و من شـرائط الحكم بالحق عـداله الشاهـدين فى مورد قيام البينه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق، و مذهب المشهور أن العداله أمر زائد على الإسلام بل الايمان أيضا، و استدلوا لذلك بقوله تعالى:

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۲) فإنه ظاهر فى أن العداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافيا لما قيد بالعداله مع وجود كلمه «منكم» ، و هـذه الآـيه المبـاركه تقيـد الآيه الأخرى «وَ اِسْتَشْـهِدُوا شَـهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ» (۳) بـالمنطوق أو بمفهوم الوصف، و الظاهر

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۴ و ليصحح النص على التفسير.

۲- ۲) سوره الطلاق:۲.

۳- ۳) سوره البقره:۲۸۲.

من الآیه-لکونها فی مورد الشهاده-بیان الحکم الوضعی، أی:

ان شرط قبول الحکم موقوف علی کون البینه عادله.

و عن الشیخ فی الخلاف و المفید و ابن الجنید عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدین مع العلم بإسلامهما، قالوا: و الآیتان تدلان علی قبول شهاده المسلم و التقیید المذکور غیر تام لعدم حجیه مفهوم الوصف، و قال تعالی «إِنْ جاءَکُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا .» (۱) و هو ظاهر فی أن وجوب التبین مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشک فی کونه فاسقا لا وجوب للفحص و التبین.

أقول: انا لو سلمنا ما ذکروا بالنسبه إلی الآیتین فان هذه الآیه الثالثه الداله علی عدم قبول قول الفاسق تقیدهما، فیکون الحاصل:

استشهدوا شهیدین غیر فاسقین من رجالکم، فإن أرادوا التمسک بإطلاق الآیتین کان من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و حیث أن الدلیل الدال علی اشتراط العداله لا یوضح معنی العداله کان للقائل بعدم وجوب الفحص و التحقیق عن حال الشاهدین المسلمین أن یقول بأن الإسلام عداله، لکنا نقول: لا إشکال فی أن أحکام الإسلام مبنیه علی العداله، و أن من کان مسلما واقعا کان عادلا لأنه یأتی بجمیع الاحکام و یطیعها فعلا و ترکا، فإن أرادوا من قولهم:

«الإسلام عداله» هذا المعنی فهو صحیح، و ان أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتین، فإن أثر التفوه بالشهادتین-کما فی الروایات- هو أن له ما للمسلمین و علیه ما علی المسلمین، و هذا أمر تعبدی

۱- ۱) سوره الحجرات:۶.

لا يفيد العداله كما هو واضح.

نعم قيل: ان الأصل فى المسلم أن يكون عادلا، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالأحكام قهرا، فلا يعصى هذا المسلم ربه الا نادرا، و حينئذ فمع الشك فى عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور و حكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشىء بالأعم الأغلب، و هذا الأصل يبتنى على القول بأن الإسلام غير العداله و أن العداله ملكه أو أنها فعل الواجبات و ترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

و لكن الحق أنه مع وجود الدواعى الكثيره المختلفه إلى المعصيه لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل و الغالب فى بعض الأزمنه هو الفساد و به روايه (۱)) و كذلك زماننا.

قال فى المسالك بالنسبه إلى مذهب الشيخ «قده» : ان هذا القول و ان كان أمتن دليلا. لكن المشهور الان بل المذهب خلافه.

ص:۱۹۹

أقول: و مراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك و ان كانت عليه روايات عديده (۱))

،

ص:۲۰۰

حتی أن الشیخ نفسه لم یعمل بها فی مواضع أخر، بل ان التفحص عن الشهاده کان معمولا به فی زمن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم کما دلت علی ذلک الروایه المذکوره سابقا، و هی و ان کانت ضعیفه سندا (۱)) لکن علیها العمل.

و قال السید فی العروه: «لو جهل الحاکم حالهما وجب علیه أن یبین للمدعی أن له تزکیتهما بالشهود إذا کان جاهلا بذلک ثم

يطلبها منه، و لو قال: لا طريق لى الى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل و طلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه أو لا؟ قد يقال بوجوبه. و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقا و الا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد و عدمه أيضا مع أنه ليس كذلك قطعا.

أقول: ليس المراد من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» ترك النظر فى الدعوى إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى انه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصلاه حيث تجب الصلاه مع الوضوء فى حال وجدان الماء و الا وجبت مع التيمم بعد الفحص و اليأس عنه فى الحدود المعينه لذلك شرعا، غير أن الشارع لم يحدد وجود البينه بل أحال الأمر إلى العرف، و أهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين فى بلدهما و عشيرتهما، بل روى ذلك عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم أيضا، فحاصل معنى الحديث أنه ان كان هناك-مع الجهل بحال الشاهدين-طريق متعارف إلى معرفه حالهما فالفحص عن ذلك لازم، و الا فيكون الحكم بالايمان. و هذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين-لو امتنع المدعى عن إحضارهما-ان أمكنه ذلك، لان الحكم واجب عليه فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان و المتعارف.

فالحق مع المشهور.

ص:٢٠٢

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق «قده» : «و لو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» .

أقول: لا ريب في هذا و لا يختلف باختلاف الأقوال في حقيقه العداله، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، و وجه الانتقاض: أن العداله شرط واقعي لا علمي فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم. و قد يقال بأن الشرط في قبول الشهاده هو كون الشاهد عادلا في نظر الحاكم و الا فلا طريق الى العلم بالعداله الواقعيه لأحد، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى «وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» .

و فيه: ان ظاهر اشتراط شيء لشيء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، و كذا الاحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس أريد الغنم الواقعي، و البول الواقعي، و لو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر، أ لا ترى الى قول الشارع في مسأله الاقتداء في الصلاه حيث العداله فيه شرط علمي لا واقعي: «لا تصل الا خلف من تثق بدينه» (1) فلو صلى خلف من وثق بعدالته و انكشف الخلاف لم تجب عليه الإعاده و لا القضاء

۱- ۱) وسائل الشيعه:۳-۳۹۵.

بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صل خلف العادل، فإنه ظاهر فى الشرطيه الواقعيه و يترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

و قد ذكر صاحب الجواهر: أن الأصل الواقعيه فى الشرائط، و هذا الأصل غير واضح عندنا و لعله يريد الظاهر، و لقد كان الاولى التعبير به دونه، لان الظاهر أماره.

و قال فى الجواهر: الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم، قال:

بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، و ان المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقا لا بأن يقول الخصم-بعد إحراز الحاكم العداله-:

لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه و التفحص عن ذلك.

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق «قده» : «و لا يجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر» .

أقول: أى انه لا يجوز الاعتماد على حسن الظاهر، بل لا بد من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره و المخالطه معه، و هذا مبنى على أن العداله ملكه فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما و لا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الاطلاع عن طريقها الى الجهات الباطنيه لأن الإناء يترشح بما فيه.

و أما بناء على أن العداله حسن الظاهر -كما عليه جماعه- فيشهد بحسبها، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عداله واضح.

و قد شبه صاحب الجواهر العداله بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادعى المدين الإعسار لم يقبل منه و لا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لا بد من التحقيق، فالملكه أيضا كذلك، فان كثيرا من المعاصى لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفى حسن الظاهر، و خالفه استنادا الى الاخبار الكثيره الداله على جواز الشهاده تعويلا على حسن الظاهر.

و سيأتى فى كتاب الشهادات ان شاء اللّه تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهاده استنادا الى طريق من الطرق و الأمارات الشرعيه كاليد و البينه و عدم جوازه و وجوب العلم بالمشهود به، و ملخصه: أنه لو شك مثلا فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدله حرمه الكذب حينئذ لأنها شبهه مصداقيه، و عليه تجرى البراءه عن الحرمه، الا- أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج و الدماء، و أما الاخبار عن شىء بنحو الجزم -مع الشك فى تحققه-فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، اذن لا بد من العلم فى الشهاده، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعى فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم فى جواز الشهاده؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ فى الموضوع بنحو الكاشف و الطريق، فتجوز الشهاده اعتمادا على الطريق الشرعى، هذا كله أصولا.

و أما فقها فان الروايات الوارده فى الجواز كثيره (١)) ، و تفصيل المسأله فى كتاب الشهادات. بل فى الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عداله، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمى مرجعه الى أن العداله شرعا هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، و الا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه و الصحبه المتأكده فى سره و علانيته.

أقول: و عندى أن العداله هى الملكه و حسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العداله، لكن الملكه تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيه مستنده الى الاعتقادات الراسخه و توجب ترك المحرمات و العمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكه على الندم و التوبه.

و لا ريب فى أن العلم بحسن الظاهر أيضا يتوقف على المعاشره كذلك، فان الصفات التى ذكرت فى الروايات-المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر-لا يمكن الاطلاع عليها الا بها. فالحاصل:

ان الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافا للمحقق، و ليس حسن الظاهر هو العداله خلافا للجواهر، بل هو طريق إليها، و عليه تقوم الطرق الشرعيه مقام العلم فى الشهاده.

ثم ان المستفاد من تلك الاخبار عدم وجوب التعمق الشديد فى حالات الشخص.

ص:٢٠٦

السؤال عن التزكيه و كيفيه ثبوتها:

قال المحقق: «و ينبغی أن يكون السؤال عن التزكيه سرا فإنه أبعد من التهمه» .

أقول: و هـذا واضـح، لأنه ان سأل الشـخص عن حال الشاهد فی حضوره يصـعب عليه الجواب بعدم التزكيه إما حياء و اما وفاء و امـا خوفـا و امـا رجـاء، و ان كان يعلم بعـدالته فأجاب بالإيجاب و شـهد بـذلك لاتهم من قبل الخصم بأنه زكاه لأحـد الأسـباب المذكوره.

قال: «و تثبت مطلقه و تفتقر إلی المعرفه الباطنه المتقادمه» .

أقول: ان التزكيه تفتقر إلی المعرفه السـابقه ببـاطن المزكی علی أثر المخـالطه و لاـ تكفی الشـهاده تعويلا علی حسن الظاهر عند المحقق، لكن فی الجواهر «تفتقر إلی المعرفه البـاطنه المتقـادمه المفيـده للعلم أو الظن بحصول الملكه و أن مـا يصـدر من ذلك من آثارهـا، أو بحسن الظـاهر بمعنی أنه لا يظهر منه سـرا و علانيه إلا الحسن» أی: ان علم بالعـداله فهو و الا كفی الظن بحصول الملكه، و كـذا يكفی الشـهاده بحسن ظاهره بالمعنی المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصـريحه فی عدم كفايه حس الظاهر علی حسن ظـاهر بعض أحواله و أفعـاله التی لاـ يسـتفاد منهـا الحسن فی جميع مـا يظهر منه سـرا و علاـنيه، قـال: و هـذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر فيتحد القولان.

ثم ان الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل فيكفی أن يشهد

ص:۲۰۷

بعدالته. و قيل: بل يلزم أن يقول فى حقه: عادل مقبول الشـهاده إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشـهاده كالعادل الكثير الشك و صاحب الوسوسه، و ربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده.

و سيأتى لذلك تتمه قريبا ان شاء اللّه.

كيفيه ثبوت الجرح:

قال المحقق: «و لا يثبت الجرح الا مفسرا و فى الخلاف:

يثبت مطلقا» .

أقول: فى هـذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العداله و لا الجرح الا مفسـرا بذكر سـبب التعديل دون التفسـيق، و قيل بالعكس و هو مختار المحقق «قده» .

و وجه تفصـيل المحقق هو: ان تفسـير العـداله يحتـاج الى ذكر جميع الواجبـات و انه يعملهـا كلها، و ذكر جميع المحرمات و انه يتركها كلها و هذا أمر يسـتلزم العسـر و الحرج، فلذا تكفى الشـهاده بالعداله مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

و أيضا: أسباب الفسق مما وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلدا لمن يرى حرمه فعل من الافعال و ليس حراما عند من يقلـده الفاعل كانت شـهادته بـذلك عند الحاكم إغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شـرعى لا يعلمه الشاهد. فلا بد من ذكر السبب حتى يتضح الأمر و ترتفع الجهاله.

ص:۲۰۸

و قد أجيب عن الوجه الأول بالمنع من لزوم الحرج، و عن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العداله كذلك، و عليه يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معا.

ثم ان المعدل أو الجارح يجب أن يكون عالما بمعنى العداله و أن أى شىء يضربها و أى شىء لا يضربها، و أن يكون عالما بفتوى الحاكم فى المسأله لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فان أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين رتب الأثر على شهادتهما سواء فى الجرح و التعديل من غير حاجه الى ذكر السبب، و ان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه و نظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العداله فلا يرتب الأثر، و كذا إذا احتمل الاختلاف.

و فى الجواهر استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع و ان اختلف الاجتهاد فى تشخيصه، قال: و من هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به، و كذا التطهير و التنجيس و غيرهما و ان كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح.

و أورد عليه بالفرق بين المقامين، إذ يكفى فى مسأله الطهاره لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهاره، أما فى مسأله الحكم فلا بد من إحراز الواقع، و أيضا: أصاله الصحه جاريه فى عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف بخلاف الأمر فى الشهاده، فلو شهدا بمالكيه زيد

للدار و أراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره و الملكيه و ما نحن فيه فرقا.

أقول: فى مسأله الشهاده ان شهد بوجود ملكه العداله فى المشهود له قبلت الشهاده، و ان شهد بالعداله فلا تقبل لانه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، و أما الحمل على الصحه الواقعيه-كما هو الحال فى الطهاره و الملكيه- ففيه تأمل و يحتاج الى تتبع كلماتهم فى ذلك.

ثم انه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، و بعباره أخرى:

يشترط أن ينشئ الشهاده لا أن يخبر عن العداله مثلا، للفرق الواضح بين مفهومى الشهاده و الاخبار لغه و عرفا.

و يجب تعيين المزكى أو المجروح فلا يكفى القول المجمل بل كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم يسأل الشاهدين فى حضور المدعى عليه هل هو نفسه أو لا-؟ و هل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى و على» كما عن آخر أو لا يشترط؟ الذى يقوى فى النظر هو الثانى وفاقا لصاحب الجواهر، و لكن لا-لما ذكره قدس سره فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى و المانع، و هى محل بحث كما فصل فى محله، على أن تلك القاعده لا مجال لها فى بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوه الشاهد-بناء على أن شهاده الولد على والده غير

مسموعه-فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولدا له.

بـل لأـن الإطلاقـات و العمومـات تعتبر العـداله فحسـب و تفيـد أن شـهاده العـادل مقبـوله، فمن ادعى العـدم فعليه اقـامه الـدليل المخصص لكن فى موارد الشك كما إذا شك فى كون الشاهد خصما للمدعى عليه فلا بد من إحراز عدم الخصومه و الا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به فى الشبهات المصداقيه.

قال المحقق «قده» : «و لا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفه و يكفى العلم بموجب الجرح» .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهاده بالعداله فهى متوقفه عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل:

قال: «و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح.» .

أقول: فى حال اختلاف الشـهود بالجرح و التعـديل يتقـدم الجرح لان حاصل شـهاده المعـدلين هو عـدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجـارحين يقولاـن: رأينـا منه كـذا. فتكون الشـهاده بـالجرح شـهاده بما خفى عن المعـدلين فيقـدم الجرح و لا تعارض بين الشهادتين.

و على هـذا الأساس لو قال الجارح: رأيته يفعل كـذا يوم كـذا، فقال المعـدل: أشـهد بأنه قـد تاب عن ذلك الفعل و التزم بإتيان الواجبات و ترك المحرمات بعد هذا التاريخ قدم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشـهادتين، كأن يقول الجارح: رأيته يفعل كـذا فى مكان كـذا يوم الجمعه، و يقول المعدل: كان معى يوم الجمعه فى سـفر الى بلـد آخر، فـإنه تتعـارض البينتان، قال المحقق: «و لو تعارضت البينتان فى الجرح و التعـديل قال فى الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا» .

أقول: القول بالتوقف فى صوره التعارض يكون تاره بمعنى رفع اليد عن شهاده الطرفين فلا يحكم بالفسق و لا بالعداله بل يحلف الخصـم، و أخرى لاـ يحكـم بشـىء و لاـ يحلـف الخصـم، لكن فى الخلاـف أيضـا: «إذا تعـارضت البينتـان على وجه لاـ ترجيح لإحداهما على الأخرى أقرع بينهما فمن خرج اسـمه حلف و أعطى الحق، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا، و قد روى أنه يقسم نصفين» .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهه انصـراف قوله «ص» : «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» عن صوره التعارض بين البينتين و حينئذ فإن أمكن التنصيف و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و يحلف من خرجت باسمه احتياطا.

و أمـا لو قـال أحـدهما: هو الاـن عـادل، و قـال الأـخر: هو الاـن فـاسق، فهـل يقـدم قول الجـارح أو يتعارضـان؟ الظاهر هو الثانى فيتساقطان.

و قال فى الجواهر: و قد يقال أيضا «ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق و الا حكم به» .

أقول: ان أراد صوره التعارض بين البينتين فإنه مع جريان الاستصحاب لا حاجه الى الجرح و التعديل بل تستصحب الحاله السابقه و يترتب الأـثر، الاـ أن الفقهـاء لم يتعرضوا الى الاستصـحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، و ظاهر ذلک هو الاعتماد على البينه مع عدم العلم لأنها الكاشفه عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامه البينه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع لا أنها تكشف عنه، و حينئذ يقوم الاستصـحاب مقامها لكن الظاهر أن حجيه البينه هى بعنوان تتميم الكشف و لعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال.

ثم نقـل عن كـاشف اللثـام احتمال تقـديم شـهاده التعـديل لـدى التعارض للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافا لمن قـدم شهـاده الجرح ثم قـال: «و هو جيـد فيمـا يرجع الى مـا ذكرنـاه لاـ مطلقـا» فـان قول بعضـهم بـأن الإسـلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات و ترک الواجبات ضعيف، و قد ضعفه كاشف اللثام أيضا و اختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

ص:۲۱۳

المسأله التاسعه

(فی تفریق الشهود عند الشهاده)

قال المحقق «قده» : «لا بأس بتفریق الشهود، و یستحب فی من لا قوه عنده» (۱)) .

ص:۲۱۴

أقول: ان الميزان الشرعى للقضاء هو البينات و الايمان كما فى الحديث الشريف، و لكن هل تعبدنا الشارع بالأخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات و النظر فى القرائن و غير ذلك مما يستكشف به الواقع و يتوصل به الى حقيقه الحال (۱)) ؟ قال المحقق: «لا بأس بتفريق الشهود و يستحب فى من لا قوه عنده» .

أقول: ان إطلاق الآيه الكريمه «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ» (۱)) و قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (۲)) يشمل ما إذا شهدا معا أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن فى صوره التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطؤهما فى الشهاده بخلاف ما إذا شهدا معا.

هذا بحسب القاعده و قطع النظر عن الاخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالاستحباب فى صوره كون الشاهد لا قوه عقل عنده و لعل وجهه عمل النبى و أمير المؤمنين صلى اللّه عليهما و آلهما فى

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

بعض الموارد.

و فى الجواهر: قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العداله و طلب المدعى الحكم.

و هذا غير واضح إذ لا أثر لتفريق الشهود و استماع شهادتهما بعد ذلک إلا التأکد و الاطمئنان. و کیف کان فلا شبهه فی الجواز و یدل علی ذلک روایات منها: ما روی عن معاویه بن وهب عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «أتی عمر بن الخطاب بجاریه قد شهدوا علیها أنها بغت، و کان من قصتها أنها کانت یتیمه عند رجل و کان الرجل کثیرا ما یغیب عن أهله، فشبت الیتیمه فتخوفت المرأه أن یتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتی أمسکنها، فأخذت عذرتها بإصبعها، فلما قدم زوجها من غیبته رمت المرأه الیتیمه بالفاحشه و أقامت البینه من جاراتها اللائی ساعدنها علی ذلک، فرفع ذلک الی عمر فلم یدر کیف یقضی فیها، ثم قال للرجل: ائت علی بن أبی طالب علیه السلام و اذهب بنا إلیه.

فأتوا علینا علیه السلام و قصوا علیه القصه فقال لامرأه الرجل: أ لک بینه أو برهان؟ قالت: لی شهود هؤلاء جاراتی یشهدن علیها بما أقول فأحضرتهن، فأخرج علی بن أبی طالب علیه السلام السیف من غمده فطرح بین یدیه، و أمر بکل واحده منهن فأدخلت بیتا، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بکل وجه، فأبت أن تزول عن قولها فردها الی البیت الذی کانت فیه، و دعا احدی الشهود و جثی علی

رکبتیه ثم قال: تعرفینی أنا علی بن أبی طالب و هـذا سـیفی و قد قالت امرأه الرجل ما قالت و رجعت الی الحق و أعطیتها الأمان، و ان لم تصدقین لأملأن السیف منک، فالتفتت الی عمر فقالت: یا أمیر المؤمنین الأمان علی فقال أمیر المؤمنین فاصدقی، فقالت: لاـ و اللّه الا أنها رأت جمالا و هیئه فخافت فساد زوجها علیها، فسـقتها المسـکر و دعتنا فأمسـکناها فافتضـتها بإصـبعها، فقال علی علیه السـلام: اللّه أکبر، أنـا أول من فرق بین الشاهـدین (الشـهود)الاـ دانیال النبی. فألزم علی المرأه حـد القاذف و ألزمهن جمیعا العقر، و جعـل عقرهـا أربعمـائه درهم، و أمر امرأه الرجل أن تنفی من الرجل و یطلقها زوجها، و زوجه الجاریه، و ساق عنه علی المهر. فقال عمر: یا أبا الحسن فحدثنا بحدیث دانیال، فقال علی علیه السلام: ان دانیال.» (۱) .

و مـا عن أبی بصـیر عن أبی جعفر علیه السـلام فی حـدیث: «ان شابا قال لأمیر المؤمنین علیه السـلام: ان هؤلاء النفر خرجوا بأبی معهم فی السـفر، فرجعوا و لم یرجع أبی، فسـألتهم عنه فقـالوا: مـات فسـألتهم عن مـاله فقالوا: ما ترک مالا، فقـدمتهم الی شـریح فاسـتحلفهم و قـد علمت أن أبی خرج و معه مـال کثیر، فقال أمیر المؤمنین علیه السـلام: و اللّه لأحکمن بینهم بحکم ما حکم به خلق قبلی إلا داود النبی علیه السلام. یا قنبر أدع لی شرطه الخمیس فدعاهم، فوکل

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۰۲. و هی صحیحه أو حسنه بإبراهیم ابن هاشم.

بكل رجل منهم رجلا من الشرطه، ثم نظر الی وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون انی لا أعلم ما صنعتم بأبی هذا الفتی؟ انی إذا لجاهل.

ثم قال: فرقوهم و غطوا رؤوسهم. قال: ففرق بینهم و أقیم کل رجل منهم إلی أسطوانه من أساطین المسجد و رؤوسهم مغطاه بثیابهم. ثم دعا بعبید اللّه بن أبی رافع کاتبه فقال: هات صحیفه و دواه، و جلس أمیر المؤمنین علیه السلام فی مجلس القضاء، و جلس الناس الیه، فقال لهم: إذا أنا کبرت فکبروا. ثم قال للناس: أخرجوا. ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بین یدیه و کشف عن وجهه. ثم قال لعبید اللّه:

أکتب إقراره و ما یقول، ثم أقبل علیه بالسؤال فقال له أمیر المؤمنین علیه السلام: فی أی یوم خرجتم من منازلکم و أبو هذا الفتی معکم؟ فقال الرجل: فی یوم کذا و کذا. فقال: و فی أی شهر؟ فقال: فی شهر کذا و کذا، قال: فی أی سنه؟ فقال: فی سنه کذا و کذا. فقال:

و الی أین بلغتم فی سفرکم حتی مات أبو هذا الفتی؟ قال: الی موضع کذا و کذا. قال: و فی منزل من مات؟ قال: فی منزل فلان ابن فلان. قال: و ما کان مرضه؟ قال: کذا و کذا. قال: و کم یوما مرض؟ قال: کذا و کذا. قال: ففی أی یوم مات؟ و من غسله؟ و من کفنه؟ و بما کفنتموه؟ و من صلی علیه؟ و من نزل قبره؟ فلما سأله عن جمیع ما یرید کبر أمیر المؤمنین علیه السلام و کبر الناس جمیعا، فارتاب أولئک الباقون، و لم یشکوا أن صاحبهم قد أقر علیهم و علی نفسه، فأمر أن یغطی رأسه و ینطلق به الی السجن. ثم دعا بآخر فأجلسه بین یدیه و کشف عن وجهه و قال: کلا زعمتم أنی

لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، و لقد كنت كارها لقتله، فأقر. ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل و أخذ المال. ثم رد الذی کان أمر به الی السجن فأقر أيضا.

فألزمهم المال و الدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك.» (۱) .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۰۴. و فی سندها علی بن أبی حمزه البطائنی.

المسأله العاشره

(فی ما یعتبر فی الشهاده بالجرح)

قال المحقق «قده» : «لا یشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهده لفعل ما یقدح فی العداله أو أن یشیع ذلک فی الناس شیاعا موجبا للعلم.» .

أقول: یشترط فی الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدین لفعل ما یقدح فی العداله أو أن یشیع ذلک الفعل منه فی الناس شیاعا موجبا للعلم و الیقین، و الا ـ فلا تجوز الشهاده به، و أما فی الشهاده بالعداله فلا یشترط ذلک بل یکفی حسن الظاهر من جهه أنه-کما فی الاخبار-الطریق إلی معرفه العداله و الکاشف عن وجود الملکه الراسخه و ان کان احتمال الخلاف موجودا فقد ورد فی تلک الاخبار (۱))

ص:۲۲۰

من كان كذلك تقبل شهادته، و من هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح و الشهاده بالعداله.

و قد تقدم أن الشهاده استنادا إلى البينه و الاستصحاب جائزه.

و عن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففى جواز الجرح وجهان، من أنه ظن فى الجمله و قد نهى اللّه عن أتباعه إلا ما استثنى، و من أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدعيه للمعاينه كما مر فى نظائره.

و أورد عليه فى الجواهر بقوله: و فيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله و حرمه القياس على البينه التى مبناها التعبد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

أقول: ان البحث هو فى الشهاده بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهاده استنادا إلى البينه بل و لا ـ بالاستناد إلى العشره، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه.

هذا و تجوز الشهاده بالعداله استنادا الى حكم الحاكم، و حكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الأخر، و لكن ليس للاول و لا غيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه و أما شهادته فغير مسموعه.

ص:۲۲۱

ثم هـل للافعـال ظهور كالأـقوال بحيث يجب الأخـذ به؟ فيه خلاـف و الظـاهر هو العـدم كمـا عليه أهل العرف. و انما يحصل له ظهور من بعض المقارنـات، فـإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، و الا فهل الظن الحاصل من هـذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأول وفاقا للسيد «قده» (١)) .

ص:٢٢٢

المسأله الحادیه عشره

(فی الحکم باستمرار العداله حتی ثبوت ما ینافیها)

قال المحقق «قده» : «لو ثبت عداله الشاهد حکم باستمرار عدالته.» أقول: لو ثبتت عداله الشاهد حکم الحاکم باستمرارها بالاستصحاب غیر أنه لما کان للاستصحاب کاشفیه نوعیه بنی العقلاء علی العمل بها کما تقرر فی الأصول-یشترط عدم الفاصل الطویل بین زمانی الیقین و الشک لان ذلک یؤدی الی ضعف الظن بالبقاء و الکاشفیه النوعیه المذکوره.

قال: «و قیل: ان مضت مده یمکن تغیر حال الشاهد فیها استأنف البحث عنه و لا حد لذلک، بل بحسب ما یراه الحاکم» .

أقول: و هذا قول ثان فی المسأله-قال فی الجواهر-و ان

ص:۲۲۳

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا (۱)) . و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر و لا دليل عليه، بل الاستصحاب حجه حتى يتبين ما ينافى العداله.

ص:۲۲۴

المسأله الثانيه عشره

(فی کتابه الحاکم قضایا کل أسبوع)

قال المحقق: «ینبغی أن یجمع قضایا کل أسبوع و وثائقه و حججه و یکتب علیها، فإذا اجتمع ما لشهر کتب علیه قضاء شهر کذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه و کتب علیه قضاء سنه کذا» .

أقول: کان ینبغی ذکر هذه المسأله فی الآداب، و الأمر سهل.

ص:۲۲۵

المسأله الثالثه عشره

(هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر.» أقول: لا يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه و لوازمها كالدواه و القرطاس، و قيل: يجب عليه الدواه، و لو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال-و كانت الكتابه واجبه عليه-وجب عليه الكتابه، و فى الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضا و ان نسبه فى المسالك إلى الأشهر تاره و الى المعروف بين الأصحاب أخرى معللا له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره. الا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الاشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الاشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه و إعطائها بيد من حكم له دخل فى إحقاق الحق و وصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث إذا لم تكن

کتابه لم یتحقق الحق و تحصیله، بل قد یجب علی الحاکم أخذ الحق بعد الحکم مع التمکن من ذلک من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و تسلیمه لأهله.

و قد یستدل لوجوب الکتابه بقوله تعالی: «. وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لا یَأْبَ کاتِبٌ أَنْ یَکْتُبَ کَما عَلَّمَهُ اَللّهُ فَلْیَکْتُبْ .» (۱) فإنه ظاهر فی الوجوب و قد أکده بالنهی عن الإباء عنها، و أجاب فی الجواهر: بأنه فی غیر ما نحن فیه و هو محمول علی ضرب من الکراهه، للقطع بعدم وجوب ذلک.

و فیه: أن المستفاد من الآیه الکریمه هو الملاک العام و هو: عدم إباء الکاتب و الشاهد عن الکتابه و الشهاده عند الحاجه و احتمال ضیاع الحق بدون ذلک. و خصوصیه مورد الآیه لا تخصص، و لذا استدل بها الأصحاب فی غیر الدین.

و أما دعوی القطع بعدم وجوب الکتابه فإن أرید القطع بعدم وجوبها أولا و بالذات فهو حق، و ان أرید القطع بعدم وجوبها علیه و ان بذل له ما یلزم و طولب بها و احتمل ضیاع الحق لو لم یکتب فتلک دعوی بعیده.

و قد یستدل بقوله تعالی «وَ أَشْهِدُوا إِذا تَبایَعْتُمْ وَ لا یُضَارَّ کاتِبٌ وَ لا شَهِیدٌ وَ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِکُمْ .» (۲) بناء علی ما هو الأظهر من أن «یضار» أصله «یضارر» فأدغمت الراء فی الراء و فتحت

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۲.

۲- ۲) سوره البقره:۲۸۲.

لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الا بالحق و لا يشهد الشاهد الا بالحق و الا كان فسقا (۱)) .

نعم فى الآيه السابقه ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشاديا و هو قوله عز و جل «ذٰلِكُمْ أَقْسَطُ .» بناء على أنه يتوجه الى جميع الآيه لا الجمله الأخيره منها، و لكن الظاهر دلاله الآيه على الوجوب فى حال المطالبه و وجود الحاجه كما ذكرنا.

ص:۲۲۸

المسأله الرابعه عشره

(فی تعنیت الحاکم للشهود)

قال المحقق: «یکره للحاکم أن یعنت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر.» .

أقول: أی یکره أن یعامل الحاکم الشهود الذین هم من ذوی البصائر و الفهم و الأدیان معامله من لیسوا کذلک.

قال: «لأن فی ذلک غضاضه لهم» کما لا یخفی.

قال: «و یستحب ذلک فی موضع الریبه» .

أقول: و یظهر من قول أمیر المؤمنین علیه السلام: «أنا أول من فرق الشهود» (۱) ان هذا الأمر لم یکن جاریا إلا فی موارد الشبهه و الریبه.

ص:۲۲۹

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۰۳. و قد تقدم الحدیث بکامله.

المسأله الخامسه عشره

(لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشهود)

قال المحقق: «لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، و هو أن يداخله فى التلفظ بالشـهاده أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده و ان كان يتردد.

و لو تردد فى الشهاده لم يجز ترغيبه فى الاقدام على الإقامه و لا تزهيده فى إقامتها.

و كـذا لاـ يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم لغريمه و يجوز (۱)) ذلـك فى حقوق اللّه، فان الرسول صـلى اللّه عليه و آله و سلم

ص:۲۳۰

قال لماعز عند اعترافه بالزنا «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» و هو تعريض بإيثار الاستتار» .

أقول: و كل ذلك واضح.

ص:٢٣١

المسأله السادسه عشره

(فی أنه یکره للحاکم أن یضیف أحد الخصمین)

قال المحقق «قده» : «یکره أن یضیف أحد الخصمین دون صاحبه» .

أقول: و وجهه واضح، فان فیه ترجیحا له علی صاحبه، و قد روی: «أن رجلا نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام فمکث عنده أیاما ثم تقدم إلیه فی خصومه (حکومه)لم یذکرها لأمیر المؤمنین، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول اللّه «ص» نهی أن یضاف الخصم الا و معه خصمه» (1) .

و کذا یکره أن یذهب الی دار أحدهما دون الأخر، بل کل ما یقتضی ترجیح أحد الخصمین علی صاحبه.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۷.

المسأله السابعه عشره

اشاره

(فی حرمه الرشوه)

قال المحقق: «الرشوه حرام علی آخذها» .

أقول: لاـ یجوز أخـذ الرشوه، و هی حرام علی آخـذها بالإجمـاع بـل بالضـروره من الـدین، و یـدل علیه قوله تعـالی «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی اَلْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ اَلنّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» ((1)) .

و الاخبار فی هذا الباب متواتره، و فی جمله منها: ان الرشا فی الحکم کفر باللّه ((1)) .

۱- ۱) سوره البقره:۱۸۸.

و فی بعضها: انه شرک (۱)) .

فلا ریب فی الحکم.

موضوع الرشوه:

إنما الکلام فی موضوع الرشوه، و کلمات الأصحاب من الفقهاء و اللغویین فی ذلک مضطربه:

قال المحقق: «و یأثم الدافع لها ان توصّل بها الی الحکم له بالباطل، و لو کان الی حق لم یأثم» .

أقول: و عن جامع المقاصد: «ان الجعل من المتحاکمین رشوه» لکن ظاهر الروایه (۲)) : ان الأجره علی القضاء غیر الرشوه فلذا کانت الاولی سحتا و الثانیه کفرا.

ص:۲۳۴

و قیل: ما یبذله المتحاکمان رشوه و لو کان بعنوان الجعاله و الأجره.

و فی القاموس فسر الرشوه بالجعل، لکن فی مجمع البحرین:

قلما تستعمل الرشوه إلا فیما یتوصل به الی إبطال حق أو تمشیه باطل.

و قال السید: هی ما یبذله للقاضی لیحکم له بالباطل أو لیحکم له حقا کان أو باطلا أو لیعلمه طریق المخاصمه حتی یغلب علی خصمه، و لا فرق فی الحرمه بین أن یکون ذلک لخصومه حاضره أو متوقعه» .

أقول: فإذا کانت الکلمات فی بیان حقیقه الرشوه مختلفه و مضطربه فإنه فی کل مورد یشک فی صدق عنوان «الرشوه» فیه مثل «أجور القضاه» یکون المرجع أصاله الحق لکونها شبهه مصداقیه لأدله حرمه الرشوه، الا أن تثبت الحرمه من دلیل آخر و بعنوان غیر عنوان الرشوه.

و القدر المتیقن من الرشوه: أنها ما یبذله للقاضی حتی یحکم لصالحه، فهذا هو القدر المتیقن من الآیه المبارکه المذکوره أو لا الا ـ أن الأخبار المستفیضه الوارده فی الباب الخامس من أبواب ما یکتسب (۱) به تدل علی أن الرشا فی الأحکام «سحت» و «کفر» و هی

۱- ۱) وسائل الشیعه:۶-۶۱-۶۶.

بإطلاقها تعم ما إذا كان البذل لاحقاق الحق، لا يقال: انها وارده فی مورد الآیه الکریمه. لأنه یحتمل أن یکون قید «بالإثم» غالبیا، لان غالب الراشین یتوصلون بالرشوه إلی أکل مال الناس و ابطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا فی الحکم مطلقا-أی حقا کان الحکم أو باطلا- حرام بالکتاب و السنه، و أما إذا توقف إحقاق الحق علی بذل شیء بحیث لو لم یبذله لوقع فی الضرر العظیم و ضاع حقه-جاز البذل لتقدم قاعده نفی الضرر حینئذ، نظیر ما قد یبذل للظالم مال دفعا لاذاه و تحفظا من ضرره.

حکم الرشوه فی غیر الحکم:

و أما فی غیر الاحکام فان أخبار الرشوه و ان کانت وارده فی مورد الحکم و الاحکام الا أن مقتضی إطلاق بعض تلک الاخبار هو حرمتها فی غیر الاحکام أیضا، فقد روی الشیخ الصدوق «قده» عن الأصبغ ابن نباته عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: «أیما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب اللّه عنه یوم القیامه و عن حوائجه، و ان أخذ هدیه کان غلولا، و ان أخذ الرشوه فهو مشرک» (1) .

فهل تقید إطلاق الروایه بالروایات المقیده أو أن ظهورها آب عن التقیید؟ الظاهر هو الثانی، و «حوائج الناس» یعم غیر الاحکام کما لا یخفی.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۶-۶۳ عن عقاب الاعمال.

و روى الشيخ الصدوق «قده» أيضا عن سيدنا أبى الحسن الرضا عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين فى تفسير قوله تعالى:

أَكّالُونَ لِلسُّحْتِ . قال: «هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديته» (۱) .

و يمكن أن يقال-و لا سيما بالنظر الى هذين الخبرين-أنه و لو فرض كون الرشوه فى الحكم فقط، فان كون الرجل منصوبا -شرعا أو عرفا-لرفع الظلم عن الناس و قضاء حوائجهم يقتضى وجوب ذلك عليه و أن مطالبته أو أخذه شيئا فى مقابل عمله سحت.

و بالجمله فإن الرشوه فى الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها و الظاهر أنها كذلك فى مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوه سواء أثر فى كيفيه الحكم أو لم يؤثر، و أما فى غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمه الأخذ على من كان موظفا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم انه لا فرق فى «الرشوه» بين المال المبذول له و بين العمل النافع الذى يعمله له كخياطه ثوب مثلا أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره و لو بالثمن المتعارف، أى بأن يقدمه على غيره فى المعامله، و هل هذه المعامله باطله حينئذ؟ قيل: لا لانه نظير البيع عند النداء و قيل: نعم لان الحكم الوضعى هذا مترتب على الحكم التكليفى، فلما كانت الرشوه محرمه و كانت هذه المعامله مصداقا لها كانت باطله.

ص:۲۳۷

۱- ۱) وسائل الشيعه:۶-۶۴ عن عيون الاخبار.

و أیضا: لو دفع الیه الخمس أو الزکاه حتی یحکم له، فإنه حرام و لا تبرء ذمه المعطی من الخمس و الزکاه حینئذ.

و فی هذه الأیام یقول بعض جهله القضاه: إن أعطیت کذا للمستضعفین نجوت من العقوبه مثلا، فان هذا المال رشوه و لا یملکه المستضعفون.

و کذا یحرم احترام القاضی و تبجیله و الثناء علیه ان کان بعنوان الرشوه، و لو أثر ذلک فی نفس القاضی فحکم له کان مرتکبا للحرام أیضا.

و بالجمله فإن کل ما قصد به التوصل الی حکم الحاکم کان رشوه محرمه، و ان شک فی بعض الافراد فی الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءه جاریه خلافا لصاحب الجواهر.

حکم الهدیه للقاضی:

و أما الهدیه فهی فی نفسها أمر مرغوب فیه، و قد کان النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم و الأئمه علیهم السلام یأمرون بها و یقبلونها الا أنه لا ریب فی حرمه الهدیه للقاضی و العامل، و قد ورد أن هدایا العمال «غلول» . و «سحت» [(1)] ، و فی حدیث عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه قال «. ما بال العامل نبعثه علی أعمالنا یقول:

هذا لکم و هذا أهدی لی، فهلا جلس فی قلب بیت أمه و أبیه ینظر أ یهدی له أم لا. و الذی نفسی بیده لا یأخذ أحد منها شیئا إلا جاء

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۲،۱۶۳-۶۴،۶۳.

يوم القيامه يحمله على رقبته.» (۱)) و هذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقا-أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم-الهديه حرام، و لا يبعد صدق عنوان «الرشوه» على هذا المال، و تخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

و أما صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام:

«عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال:

لا بأس» .

فإن كان المنزل ملكا له فلا بأس بأن يأخذ شيئا حتى يتحول عن ملكه، و ان لم يكن-كما ذكر صاحب الوسائل-فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثانى للأول لأجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق-هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه، و اما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكا و لا متعلق حق لأحد، فإن سبق الى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبرا لان الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم.

فلا بأس بأن يطالب بشىء فى مقابل قيامه عن هذا المكان و ان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

و هذا البحث جار فى المسجد و مكان المصلى، و كذا فى سوق المسلمين حيث قال صلى اللّه عليه و آله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل» .

و علی کل حال یکون التعبیر عن الشیء المأخوذ فی مقابل التحول عن المنزل ب «الرشوه» تعبیرا مجازیا، أو یقال بأنه رشوه - لأنه مال أعطی له لأجل التوصل الی الغرض-و لکنه لا بأس به هنا لکونه فی مورد محلل.

فتلخص أن الرشوه هو ما یبذله للقاضی أو الوالی أو العامل فی مقابل عمله الواجب علیه سواء کان بعنوان الرشوه أو الهدیه.

و ان بذل للقاضی مال و جهل عنوانه فهل یحمل علی الصحه؟ قال السید نعم، و هو مشکل، فإن أثر حمل فعل المسلم علی الصحه هو أن لا یکون فاعلا لمحرم، و لکن هذا لا یثبت کون المال المأخوذ صدقه مثلا حتی یجوز له أخذه. و بعباره أخری: الحمل علی الصحه انما یفید الحل مع العلم بالعنوان، کأن یعلم بأنه هدیه و یشک فی کونها هدیه صحیحه أو فاسده، فیحمل فعل المسلم علی الصحه و یجوز التصرف فی المال المأخوذ.

هذا، و لا ینفذ حکم الحاکم الأخذ للرشوه و ان کان حکمه بالحق لصیرورته فاسقا بأخذها، و علیه رد ما أخذ علی صاحبه.

قال المحقق: «و یجب علی المرتشی إعاده الرشوه إلی صاحبها و لو تلفت قبل وصولها الیه ضمنها له» .

أقول: القول بالضمان هو المختار، و عن بعضهم نفی الخلاف فیه، و یدل علیه عموم قوله «ص» : «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» .

المسأله الثامنه عشره

(هل یجب إحضار الخصم الی مجلس الحکم؟)

قال المحقق «قده» : «إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم أحضره إذا کان حاضرا» .

أقول: ظاهر «أحضره» هو الوجوب، و فی القواعد: إذا استعدی رجل علی رجل الی الحاکم لزمه أن یعدیه و یستدعی خصمه ان کان حاضرا، سواء حرر المدعی دعواه أو لا. قال فی الجواهر:

بلا خلاف أجده فیه، بل فی المسالک نسبته إلی علمائنا و أکثر العامه و کذا عن ظاهر المبسوط الإجماع علیه.

فان کان إجماع علی وجوب الإحضار فهو و الا ففی ما ذکروه من تعلق حق الدعوی به نظر واضح، لان الحاکم کما یحتمل صدق المدعی فی هذه الدعوی یحتمل کذبه و بطلان دعواه أیضا، و حیث لم یتبین للحاکم بعد صدق الدعوی و وجود الحق کیف یجب علیه إحضار الخصم؟

ص:۲۴۱

و کذا الکلام فی قولهم: ان مقتضی منصب الحاکم إحضار الخصم، فان لازم منصب الحاکم سماع الدعوی و القیام بجمیع مقدمات رفع الخصومه و لکن لا توقف لذلک علی إحضار الخصم بل له النظر فی القضیه بحسب الموازین الشرعیه ثم الحکم علی الخصم حکما غیابیا.

فظهر سقوط کلا الوجهین، فالعمده هو الإجماع ان تم، قال فی الجواهر: «لکن الإنصاف أنه لا یخفی علیک ما فی دعوی الإجماع فی أمثال هذه المسائل، علی أن المحکی عن الفاضل فی المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحریر الدعوی.» و علیه فلا یجب الإحضار و یتعین الحکم الغیابی و الغائب علی حجته.

و بناء علی الوجوب فلا فرق بین الأشخاص المحترمین و غیرهم قال فی کشف اللثام: سواء کان من أهل الصیانات و المروات أو لا.

قال فی المبسوط: لان علیا علیه السلام حضر مع یهودی عند شریح.» و هذا یعنی أن جمیع المسلمین فی الحقوق و الاحکام علی حد سواء و لا فضل لأحد منهم علی أحد فیها (۱)) .

ص:۲۴۲

و لا فرق فی ذلک بین تحریر المدعی دعواه و عدم تحریره لها:

قال المحقق: «سواء حرر المدعی دعواه أم لم یحررها» .

قال: «أما لو کان غائبا لم یعده الحاکم حتی یحرر دعواه و الفرق لزوم المشقه فی الثانی و عدمها فی الأول» .

أقول: هـذا المقدار من المشـقه لا یرفع وجوب الإحضار علی الحاکم أو وجوب الحضور علی المدعی علیه، و الا لانتفت الفائده من نصب الحاکم و الرجوع الیه و هی فصل الخصومه و رفع النزاع.

فلاـ وجه لهـذا التفصـیل لکن تقـدم التأمـل فی أصـل وجوب الإحضـار، فعلی الحاکم أن یحکم فی القضـیه بحسب الموازین ثم الغائب علی حجته.

قال: «هذا إذا كان فی بعض مواضع ولايته و ليس له هناک خليفه يحكم» .

أقول: أی و الا سمع بينته ان كانت و كتب بالأمر إلی خليفته.

قال: «و ان كان فی غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه و ان كان غائبا» .

أقول: و حيث يكون غائبا يكون علی حجته، فان حضر و أثبت بطلان دعوی المدعی سقطت الدعوی كما سيجیء فی محله ان شاء اللّه تعالی.

و حيث يجب علی الحاكم إحضار الخصم فعلی من تكون مؤنه الإحضار؟ هل علی الحاكم أو علی المدعی أو علی المدعی عليه؟ فی المره الأولی المؤنه علی المدعی لانه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنه، لان عمل الرسول محترم و لم يقصد المجان، الا أن يقال: لما وجب الحكم علی الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنه إحضار المدعی عليه لأنه مقدمه للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، و لكن الصحيح أن الواجب علی الحاكم هو أصل الحكم.

ثم ان أرسل اليه و أبلغه الرسول إحضار الحاكم إياه، فإن أجاب فهو و الا فيرسل إليه أحد عماله للمره الثانيه، فان لم يجب أجبر علی الحضور، فعلی من تكون المؤنه فيما عدا المره الأولی؟ قال الشهيد الثانی فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعی فتكون المؤنه عليه، و من أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنكافه عن الحضور فعليه المؤنه.

ص:۲۴۴

أقول: مقتضى القاعده الأوليه توجه المؤنه الى الملتمس، و أما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السبب الأقوى فى لزوم المؤنه و الضرر، و الظاهر أن المدعى هنا هو السبب للضرر اختيارا، و ليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى فى السببيه للضرر.

و فى الجواهر: لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر لانه لا جعاله و لا اجاره، و أما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل فى المره الأولى كذلك لا يجب على المدعى دفع المؤنه. و فيه: أنا قد ذكرنا سابقا أن عمل المسلم محترم و المفروض عدم إتيانه العمل بقصد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

و أما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلى لا دليل عليه.

قال المحقق: «و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه (۱)) فهى كالرجل و ان كانت مخدره بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها و بين غريمها» .

أقول: وجه هذا كله واضح لا يخفى.

کیفیّه مجلس الحکم

اشاره

و فیها مقاصد: «الأول» فی وظائف الحاکم.

«الثانی» فی مسائل متعلقه بالدعوی.

«الثالث» فی جواب المدعی علیه.

«الرابع» فی کیفیه الاستحلاف.

ص:۲۴۷

(المقصد الأول (فی وظائف الحاکم))

اشاره

المقصد الأول (فی وظائف الحاکم)

(الأولی: التسویه بین الخصمین.)

الأولی: التسویه بین الخصمین.

قال المحقق: «التسویه بین الخصمین فی السلام و الجلوس و النظر و الکلام و الإنصات و العدل فی الحکم» .

أقول: جعله التسویه بین الخصمین من الوظائف ظاهره الوجوب و به صرح فی الجواهر (۱)) .

قال: «و لا تجب التسویه فی المیل بالقلب لتعذره غالبا» .

أقول: و أما ما ورد عن الامام الباقر علیه السلام من أنه «کان فی بنی إسرائیل قاض و کان یقضی بالحق فیهم فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا مت فاغسلینی و کفنینی و ضعینی علی سریری و غطی وجهی فإنک لا ترین سوءا، فلما مات فعلت ذلک ثم مکث بذلک

حینا، ثم انها کشفت عن وجهه لتنظر الیه فإذا هی (هو)بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلک.

فلما کان اللیل أتاها فی منامها فقال لها: أفزعک ما رأیت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن کنت فزعت ما کان الـذی رأیت إلا فی أخیک فلان، أتانی و معه خصم له، فلما جلسا الی قلت:

اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء علی صاحبه، فلما اختصـما الیّ کان الحق له و رأیت ذلک بینا فی القضاء، فوجهت القضاء له علی صـاحبه، فأصابنی ما رأیت لموضع هوای کان مع موافقه الحق» (۱)) فقد حمله صاحب الجواهر علی ضـرب من الحث علی المراتب العالیه (۲)) .

قال: «هذا کله مع التساوی فی الإسلام أو الکفر.» .

أقول: أی انما تجب التسویه-علی القول بها-مع التساوی

ص:۲۵۰

بين الخصـمين فى الإسـلام أو الكفر أى كونهما مسـلمين أو كافرين، و أما إذا كان أحدهما مسـلما جاز أن يكون الذمى قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا، قال فى الجواهر «بلا خلاف، بل فى الرياض أنه كذلك قولا واحدا» (١)) .

قلت: أما العدل فى الحكم فلا خلاف بين المسـلمين فى وجوبه حتى لو كان أحد الخصـمين مسـلما و الأخر كافرا، و هو صـريح الكتاب (٢)) .

ص:٢٥١

و الاخبار المستفیضه ان لم تکن متواتره (۱)) . هذا إذا لم یکن فی الحکم ضرر، و أما إذا کان فیه ضرر فان کان الضرر المترتب متوجها الی حیاه الحاکم، بمعنی أنه لو حکم بالعدل فی القضیه وقعت حیاته فی خطر ترک الحکم بالعدل، و لکن لیس له الحکم بالباطل، و ان استلزم الحکم ضررا علی المدعی علیه زائدا علی أصل ما یقتضیه لم یجب علیه إصدار الحکم حینئذ، و ان استلزم ضررا علی المدعی فان کان باختیار نفسه فالأمر واضح، و ان کان الضرر یتوجه الیه فیما إذا حکم له الحاکم من قبل المحکوم علیه فلا یجب علی الحاکم الحکم کذلک.

و ان تعارض ضرران علی أثر حکم کضرر الحاکم و ضرر المحکوم علیه مثلا، فقیل: مقتضی قاعده نفی الضرر أن یحکم الحاکم بحیث یندفع الأشد، و فیه: ان مقتضی القاعده أن لا یحکم الحاکم فی القضیه أصلا.

و أما التسویه بین الخصمین المسلمین أو الکافرین فی الأمور

ص:۲۵۲

الأخری کالسلام و الجلوس و النظر و الکلام و الإنصات و نحو ذلک ففی وجوبها خلاف، ففی المسالک نسبه الوجوب إلی الأکثر، بل ادعی علیه الشهره، و قد یستدل له بقوله تعالی «فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (1) و نحوه، بناء علی أن التسویه بینهما فی هذه الأمور أیضا من مقدمات الحکم، فیکون معنی الآیه وجوب العداله فی الحکم و مقدماته.

بل قیل بوجوب التسویه بینهما فی رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الأخر صبر حتی یسلم الأخر فیرد علیهما معا مره واحده بقوله:

«و علیکما السلام» الا إذا طالت المده عرفا فیرد السلام علی الأول حینئذ.

أقول: لکن استفاده وجوب التسویه بینهما فی هذه الأمور من الآیه الکریمه مشکله.

و استدل أیضا بروایات علی وجوب التسویه:

(1) محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبی المقدام عن أبیه عن سلمه بن کهیل قال: سمعت علیا علیه السلام یقول لشریح. «. ثم واس بین المسلمین بوجهک و منطقک و مجلسک حتی لا یطمع قریبک فی حیفک و لا ییأس عدوک من عدلک.» (2) .

1- 1) سوره ص:26.

2- 2) وسائل الشیعه:18-155.

و هـذه الروايه يبتنى اعتبار سـندها على القول بتصـحيح ما يصـح عن أحد الرواه الذين عرفوا بأصـحاب الإجماع فلا تقدح جهاله الراوى الذى هو بعده، و هنا فى سند هذه الروايه من أصحاب الإجماع: «الحسن بن محبوب» (۱)) و لولاه فهى غير معتبره لوجود «سلمه بن كهيل» فيه.

و من حيث الـدلاله قـال المحقق العراقى «قـده» : يسـتفاد من تعليله عليه السـلام التسـاوى بهـذا المعنى عـدم وجوبه و كون الأـمر إرشاديا، فلو حكم بالعدل واقعا و علم الخصمان بذلك و اطمأنا بذلك لم يلزم مراعاه هذه الأمور و كان فى سعه بالنسبه إليها.

أقول: و مـا ذكره «قـده» يتم بنـاء على كون «حتى» تعليليه، و أمـا بناء على كونها غائيه و أن الامام عليه السـلام قـد ألزمه بالتسويه حتى لاـ يطمع. فلا، و الظاهر هو الثانى، و لو سـلمنا كلامه فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا تشـرب الخمر لانه مسـكر لم يكن معناه عـدم الحرمه عنـد عـدم الإسـكار، بل يحرم شـربه حتى قليله الذى لا يسـكر و حتى إذا مزج بالماء كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

(٢) عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السـلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث ان حفظتهن و عملت بهن كفتك مـا سواهن و ان تركتهن لم ينفعك شـىء سواهن. قال: و ما هن يا أبا الحسن؟ قال: اقامه الحـدود على القريب و البعيـد و الحكم بكتاب اللّه فى الرضا و السخط و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود. قال عمر:

لعمرى لقد أوجزت و أبلغت» (١)) .

قال بعض المعاصرين: ان قوله عليه السلام: «ان حفظتهن

و عملت بهن كفتك ما سواهن، و ان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن» يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر (۱)) .

و فيه: ان كانت الأخبار الداله على وجوب تلك الأمور معتبره سندا و دلاله لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الروايه، و المراد من هـذه الروايه التأكيـد على أهميه هـذه الأـمور الثلاـثه، على أن من الواضـح وجود أمور لا ريب فى حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الامام عليه السلام فى هذه الروايه فتكون نظير قوله تعالى:

«إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبائِرَ ما تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئاتِكُمْ» (۲)) فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهى عنها.

۳-السـكونى عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قال قال أمير المؤمنين عليه السـلام: «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره و فى النظر و فى المجلس» (۱)) .

۱- ۱) جامع المدارك:۶-۲۱.

۲- ۲) سوره النساء:۳۱.

و الأمر ظاهر فی الوجوب.

۴-السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «ان رجلا نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام فمکث عنده أیاما ثم تقدم إلیه فی خصومه لم یذکرها لأمیر المؤمنین علیه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم.

قال: تحول عنا فان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم نهی أن یضاف الخصم الا و معه خصمه» (۱) .

فان المستفاد منه لزوم ترک کل أمر ینتزع منه الحب و الاختصاص و اللطف لأحد الخصمین دون الأخر.

۵-عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال:

«إذا تقدمت مع خصم الی وال أو الی قاض فکن عن یمینه. یعنی عن یمین الخصم» (۲) أی کن الی جنبه من طرف یمینه.

هذا، و قد اختار فی الجواهر تبعا لجماعه استحباب التسویه، فقال-بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذکر کلام صاحب الریاض فی اعتبار أسانیدها و حجیه بعضها: «الا أنه لا یخفی علیک ما فیه من دعوی اعتبار أسانیدها و حجیه بعضها، لانه مبنی علی أنه ان کان فی السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدح جهاله الراوی بل و فسقه، و التحقیق خلافه. و حینئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها اراده ضرب من الندب و الکراهه کما

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۷ بالإسناد المتقدم.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹. و هو خبر صحیح.

سمعت الفتوى بها فی إضافه أحـد الخصـمین مشـکل، خصوصا مع ظهور خبر سـلمه فی إراده بیان الآداب فی أحوال القاضـی لا خصوص المتخاصمین الذی هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقیقیه.» .

أقول: المراد من التسویه هی التسویه العرفیه لا الحقیقیه، و حیث أن القول بالوجوب قد حکی علیه الشهره المطلقه بین الأصحاب و هی الجابره لضعف بعض هذه النصوص مع تصحیح بعضها الأخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع فی سنده فالأظهر هو الوجوب، و مع التنزل فلا یترک الاحتیاط.

و بما ذکرنا یندفع ما قاله بعض المعاصرین من أن إیجاب التسویه یورث الوحشه فی الحاکم و یوقعه فی الحرج (1) .

هذا، و الظاهر أن ذکر تلک الأمور فی هذه الروایات هو من باب التمثیل فلا مانع من التعدی منها الی غیرها، بل ان المسـتفاد من قوله علیه السـلام «حتی لاـ یطمع قریبک فی حیفک و لا ییأس عـدوک من عـدلک» هو لزوم ترک کل أمر یورث طمع القریب فی حیفه و یأس البعید من عدله.

الوظیفه الثانیه

(ترک تلقین أحد الخصمین)

قال المحقق: «لا یجوز أن یلقن أحد الخصمین ما فیه ضرر

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۲۰.

على خصمه، و لا أن يهديه لوجوه الحجاج» .

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلا قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذى لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى «أعطيتك طلبك» فيكون مدعيا يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول «لا تطلبنى» فيكون منكرا لا يحتاج إلى إقامه البينه، و قد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: «لان ذلك يفتح باب المنازعه و قد نصب لسدها» .

أقول: و لكن هذا لا يكون دليلا لعدم جواز التلقين فى جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدى الى سرعه حل النزاع و سد باب المخاصمه فى بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى. هذا أولا.

و ثانيا: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق و واقع القضيه غير محرم، فالصحيح عدم الحرمه (۱)) إلا إذا استلزم التلقين

ضررا أو كان منافيا للتسويه بناء على وجوبها، و لم أجد فى النصوص ما يقتضى حرمه التلقين بخصوصه.

هـذا، و لا ـ مـانع من الاسـتفسار، بـأن يسـأله عن الخصوصـيات لغرض العثور على الحق و وضوح الحكم إلا إذا اسـتلزم ضـررا أو خالف التسويه كذلك.

الوظيفه الثالثه

(أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق «قده» : «إذا سكت الخصمان استحب أن يقول

لهما: تكلما أو ليتكلم المدعى، و لو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» .

أقول: لم أجد نصا يقتضى استحبابه، و الظاهر أنه أمر أخلاقى مستحسن عقلا (۱)) .

قال: «و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الأخر» .

أقول: هـذا لأنه ينافى التسويه، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الأخر غير جائز لا مكروها (۲)) ، اللهم

الا إذا كان ذلك بحيث لا ينافى التسويه مثل ما إذا كان أحدهما حاضرا قبل الأخر و هو لا يعلم بكونهما خصمين.

الوظيفه الرابعه

(ترغيب الخصمين فى الصلح)

قال المحقق: «إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء، و يستحب ترغيبهما فى الصلح.» .

أقول: فى صوره وضوح الحكم يلزمه القضاء و لا سيما مع المطالبه به.

و الترغيب فى الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا-بترغيب من القاضى-بعدم صدور الحكم و بفصل الخصومه بالمصالحه (۱)) ، لكن المحقق رحمه اللّه يقول فى الوظيفه السابعه-كما سيأتى-: «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» ، الا أن يجمع بين كلاميه بأن ترغيبهما فى الصلح هو قبل الحكم و فى صوره جهلهما

به، و أما بعد ما حكم و علم به يكره أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك فى موارد، و من الموارد التى على القاضى الترغيب فى المصالحه فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس و هو يعلم بعدم عداله نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم فى هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين فى المصالحه أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر فى القضيه و الحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح.

هذا و أما مع عدم وضوح الحكم فلا يجوز التعجيل فى الحكم بل يستحب إحضار العلماء و الفضلاء فى مجلس الحكم و التشاور معهم حتى يقل الاشتباه و الخطأ مهما أمكن.

الوظيفه الخامسه

(رعايه العداله فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق «قده» : «إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول، فإن وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج الى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتنحصر الحكومه معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر و يخرج رقعه رقعه ثم يستدعى صاحبها، و قيل: انما يكتب أسماءهم مع

تعسر القرعه بالكثره» .

أقول: اذن فى المسأله أقوال متعدده، لكن المشهور-كما عن المسالك-هو القول الأخير (۱)) .

الوظيفه السادسه

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامه المدعى دعواه)

قال المحقق: «إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومه ثم يستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضـى الاسـتماع لها، فلو تكلم الأخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عند ما تنتهى دعواه يسـكت هـذا و يبدأ ذاك، و ذلك لاحقيه السابق فى الحقوق المشتركه مطلقا، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فان الأسبق أحق، و كذا الأمر فى الأموال المشتركه فمن سبق الى مكان مشترك فهو أحق به.

و هل لو خالف الحاكم ذلك ضمن-بالإضافه إلى المخالفه للوظيفه الشرعيه-؟ فيه تردد.

و لو أسقط السابق حقه سقط.

و هذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره

النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه إذا کلمه أحد لا یستمع الی کلام غیره حتی یتم الکلام مع الأول الا بإذنه.

الوظیفه السابعه

(استماع دعوی الذی علی یمین صاحبه)

قال المحقق: «إذا بدر أحد الخصمین بالدعوی فهو أولی و لو ابتدرا بالدعوی سمع من الذی علی یمین صاحبه» .

أقول: لا ریب فی أولویه من بدر من الخصمین بالدعوی بإیراد دعواه، و لو ابتدرا معا ذکروا: أنه یسمع الحاکم من الذی علی یمین صاحبه (مع أنهم قالوا فی مسأله ورودهما معا علیه بالقرعه) ، و قد استندوا فی ذلک الی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام: «قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم أن یقدم صاحب الیمین فی المجلس بالکلام» (1) . و یؤیده صحیحه عبد اللّه بن سنان المتقدمه سابقا: «إذا تقدمت مع خصم الی وال أو الی قاض فکن عن یمینه-یعنی: عن یمین الخصم» (2) بناء علی عود الضمیر الی الخصم.

و عن الشیخ فی المبسوط نسبته إلی روایه أصحابنا، ثم ذکر الأقوال فی المسأله ثم قال: «و بعد ما رویناه القرعه أولی» ، و عن

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۶۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹.

الخلاف قوه القول بالقرعه، قال: «لانه مذهبنا فى كل أمر مجهول» .

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم-بعد الروايه- هو الأولى، لأنه بناء على كون الاستماع وظيفه شرعيه فحيث لا يمكنه الاستماع لهما معا للتزاحم كان الحكم هو التخيير عقلا، و معه لا جهاله حتى يرجع الى القرعه. لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود فى المقام.

قال: «و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر» .

أقول: لكن هذا فى صوره حل النزاع بذلك، و أما لو توقف على الاستماع منهما فلا أثر لتقديم المسافر سواء كانا متداعيين أو لا و العجب من الشراح كيف لم يلتفتوا الى هذه النكته. نعم هذا الفرع يفيد فى صوره تعدد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفى إحداهما قدمت تلك الدعوى دفعا للضرر.

قال المحقق: «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العباره و عبارته السابقه فى الوظيفه الرابعه.

المقصد الثانی

المسأله الأولی

(هل تسمع الدعوی المجهوله؟)

قال المحقق «قده» : «قال الشیخ: لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهوله، مثل أن یدعی فرسا أو ثوبا، و یقبل الإقرار المجهول و یلزم تفسیره، و فی الأول إشکال» ((۱)) .

ص:۲۶۷

أقول: وجه الاشـكال عدم الفرق بين الدعوى و الإقرار فى ذلك و قد اسـتدل القائلون بالفرق بعدم الفائده من الدعوى إذا كانت مجهوله. و أورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن الزم بالتفسير فليلزم المدعى بتفسير دعواه المجهوله. و ذكر بعضهم فى وجه الفرق: ان أثر الإقرار ثبوت حق للمقر له و لو إجمالاـ عنـد الحـاكم فلو لم يسـمعه لضـاع هـذا الحق، فعليه أن يسـمعه حتى يمكنه إلزامه بالتفسـير فإذا لم يسـمعه لم يفسـر، بخلاف المـدعى للدعوى المجهوله فإنه إذا لم يرتب الحاكم أثرا على دعواه المجهوله اضـطر بنفسه الى التفسير، لأنه يدعى حقا لنفسه عند المدعى عليه. و أشكل عليه بأن مجرد هذا

لا یکفی لدفع الإیراد بأن وظیفه الحاکم هو الحکم و هذا متوقف علی استماعه بلا فرق بین الدعوی و الإقرار.

و یمکن أن یقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار یقطع الحاکم بالحق فیحکم به و یلزم المقر بالتفسیر، و أما فی الدعوی المجهوله فإن أصل الحق مشکوک فیه، و حینئذ فلیس علی الحاکم إلزامه بالتفسیر فان شاء المدعی أن یفسر فهو. و لکنه أیضا لا یکون جوابا، فان القضاء واجب علی الحاکم، سواء فی المورد المقطوع بها و المشکوک فیها.

و قال صاحب الجواهر بعد ذکر الوجوه المذکوره و الاشکال فیها: «فالتحقیق أن یقال: لا ریب فی عدم سماع الدعوی المجهوله من کل وجه التی من أفرادها ما لا یقبل الدعوی. أما المجهوله التی کلیها یوجب غرامه بأی فرد یفرض تشخیصه فلا مانع من قبولها وفاقا لأکثر المتأخرین أو جمیعهم الا النادر.» أقول: ذکر هذا الشیخ فی المبسوط، و لعل وجهه دعوی انصراف الإطلاقات الوارده فی القضاء عن المورد الذی لا یفسر فیه المدعی دعواه. و هنا تاره عند ما یطالب بالتفسیر یترک الدعوی و یرفع الید عنها فلا کلام. و أخری یدعی النسیان لخصوصیات مورد الدعوی فیطالب المدعی الحاکم بالسؤال من المدعی علیه فیقول «اسألوه فان لم یقر فلا دعوی» ، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعی علیه. فدعوی الانصراف فی الشق الأول صحیحه دون الثانی.

ثم قال الشیخ: «هذا کله ما لم یکن وصیه فأما ان کانت وصیه

سمع الدعوى فيها» .

أقول: لما تقرر فى كتاب الوصيه من أنه يصح الوصيه بالمجهول و قد بحثوا هناك عن مقدار ما إذا أوصى ب «شیء» أو «شیء کثیر» أو «جزء من المال» و نحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحه الوصيه بالمجهول.

قال الشيخ «قده» : «و الفصل بينها و بين سائر الحقوق. ان تمليك المجهول بها يصح فصح أن تدعى وصيه، و ليس كذلك غيرها لان تمليك المجهول به لا يصح» .

أقول: لا ريب فى جواز تملك المال المجهول كما و كيفا، و هل يجوز تمليكه؟ نعم يجوز تمليكه هبه كأن يعطيه صندوقا قائلا له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فان ادعى تمليك شیء مجهول لا بالوصيه و الهبه و الصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تمليك المجهول بغير هذه الأمور.

و حيث أن الإقرار بالمجهول مسموع فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضا؟ قيل: نعم لوجود الفائده، و فى الجواهر عن الدروس فيه وجهان، و ذكر للعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقا لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه، و أجاب عنه فى الجواهر: بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه، و لا فرق فى ترتب الفائده و وجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص:۲۷۰

المسأله الثانيه

(هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ «قده» : «فان كانت أثمانا فلا بد من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه و هو: أن يذكر القدر و الجنس و النوع. فان كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره فلا بد من أن يقول: صحاحا أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كل هذا. قالوا: أ ليس لو باع ثوبا بألف مطلقا انصرف الى نقد البلد؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقا و ينصرف الى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجبا عليه و ذلك يختلف فى وقت وجوبه باختلاف الازمان و البلدان، فلهذا لم يسمع منه الا محرره، و ليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن و لا بد أن يكون موصوفا. هذا إذا كانت أثمانا.

فأما ان كانت من غير الأثمان لم يخل من أحد أمرين: اما أن يكون عينا قائمه أو تالفه، فإن كانت عينا قائمه نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب و الثياب ضبطها و طالب بها، و ان ذكر القيمه كان تأكيدا. و ان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. و ان كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها كالجواهر

و نحوها ذكر قيمتها. و أما ان كانت تالفه نظرت فان كان لها مثل كالحبوب و الادهان و الاقطان وصفها و طالب بها لأنها يضمن بالمثل، و ان لم يكن لها مثل كالعبيد و الثياب فلا بد من ذكر القيمه» .

قال المحقق: «و فى الكل الإشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار» .

ثم قال «قده» : «و لا بد من إيراد الدعوى بصيغه الجزم.» .

أقول: فسر صاحب الجواهر «قده» كلام المحقق بقوله:

«التى يستدل بها على جزم المدعى بما يدعيه كما عن الكافى و الغنيه و الكيدرى و ظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبته إلى الشهره» و علل قول المحقق: «فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع» بقوله: «لان من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان رد اليمين على المدعى و هو منتف، و للقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه و هو منتف هنا أيضا» أى: لا فرق بين النكول و الرد، و حيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال فى الجواهر: «و لعدم صدق الدعوى عليه عرفا» أى:

لأن الدعوى هو الاخبار عن جزم.

قال المحقق «قده» : «و كان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى» .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلى، و فى الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل و السرقه

و نحوهما من الأمور التی یعسر الاطلاع علیها و لا یمکن الجزم فیها بسرعه و لا تسمع فی غیرها، و عن الإیضاح: أنه قوی عدم اشتراط الجزم، لکن عن الریاض الجواب عنه بأنه لم یقل به أحد من الأصحاب، بل انهم بین قولین: اعتبار الجزم و الاکتفاء بالتهمه فی مقامها.

و قال فی المسالک: نبه بقوله إیراد الدعوی بصیغه الجزم علی أن المعتبر من الجزم عنده ما کان فی اللفظ، بأن یجعل الصیغه جازمه دون أن یقول: أظن أو أتوهم کذا، سواء انضم الی جزمه بالصیغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و الأمر کذلک فان المدعی لا یشترط جزمه فی نفس الأمر، لأنه إذا کان للمدعی بینه یشهد له بحق و هو لا یعلم به فله أن یدعیه به علیه و ان لم یعلم سببه فی نفس الأمر ما هو.

أقول: کأن ثانی الشهیدین «قده» یرید أن قول المحقق «قده» :

«بصیغه الجزم» و عدم قوله بالجزم القلبی هو لأجل وجوب السماع فی هاتین الصورتین و ان لم یکن یقین قلبی، کما تجوز الشهاده بالحق استنادا إلی الإقرار و ان لم یکن یقین قلبی، و کذا المجتهد یخبر عن حکم اللّه تعالی و یفتی به تاره عن علم و أخری بالاستناد إلی اماره و ان لم یجزم بذلک الحکم.

لکن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما کان یمکن دعوی الجزم فی الموردین و یجب سماعها و ان لم یکن عن یقین، فإنه إذن یمکن دعوی الجزم فی کل مورد.

ص:۲۷۳

أقول: ان کانت استفاده صاحب الجواهر من کلام المحقق صحیحه ورد علیه اشکاله بأن إظهار الجزم بالصیغه مع عدمه فی القلب کذب و تدلیس، و لکن استفاده هذا المعنی منه غیر تامه، بل الحق ما ذکره صاحب المسالک، و هو الظاهر من قول المحقق «بصیغه الجزم» .

و هل الجزم شرط للسماع؟ قال به جماعه بل قیل انه المشهور، لان من لوازم الدعوی هو الحلف عند رد الیمین، و لان الدعوی لا تصدق مع عدمه. و قال فی الجواهر: و التحقیق احاله الأمر إلی العرف، و فی مورد التهمه تصدق الدعوی، و لو سلم عدمه یصدق التشاجر و التخاصم، و مع صدق الدعوی شملتها عمومات وجوب الحکم، ثم استشهد رحمه اللّه بالأخبار الوارده فی تهمه القصار و نحو ذلک (۱)) .

ص:۲۷۴

و أما استدلال صاحب الرياض علیه بأن الدعوی توجب التسلط علی الغیر بالإلزام بالإقرار أو بالإنکار أو التغریم و هو ضرر علیه منفی، ففیه أنه قد یوجب عدم سماعها الضرر علی المدعی.

و أما لزوم رد الیمین فان ذلک غیر لازم فی موارد کثیره و عن المحقق العراقی «قده» الاستدلال بالأخبار الوارده فی القصار و الصباغ لجواز الدعوی المجهوله التی قامت الاماره علی تهمه المدعی علیه، فان تم هذا الحمل بالنسبه إلی تلک الأخبار فإن التمسک بالعمومات لا مانع منه، و لو شک فی تخصیصها فالأصل عدمه (۱)) .

أحلفته» (۳) خبر أبی بصیر عنه علیه السلام أیضا: «لا- یضمن الصائغ و لا- القصار و لا الحائک الا أن یکونوا متهمین فیخوف بالبینه و یستحلف لعله یستخرج منه شیئا» و هذه الاخبار و نحوها تجدها فی الباب (۲۹) من أبواب کتاب الإجاره من وسائل الشیعه:۱۳-۲۷۱. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ما سینقله السید الأستاذ دام بقاه عن المحقق العراقی.

و فی المستند: إذا کانت الدعوی بحیث لا یترتب علیها فائده فلا تسمع، مثل أن یعلم من قبل انه لن یقر و لا یحلف و لا یرد الیمین- بناء علی عدم الحکم بمجرد النکول-فلا تسمع هذه الدعوی، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده علیها.

ص:۲۷۶

المسأله الثالثه

(فی حکم مطالبه المدعی علیه بالجواب)

قال المحقق «قده» : «إذا تمت الدعوی هل یطالب المدعی علیه بالجواب أو یتوقف ذلک علی التماس المدعی؟ فیه تردد، و الوجه أنه یتوقف لانه حق له فیقف علی المطالبه» .

أقول: إذا حرر المدعی دعواه و المدعی علیه حاضر فهل علی الحاکم أن یطالب بالجواب من المدعی علیه أو لا یطالبه به الا بعد التماس المدعی ذلک؟ لا إشکال فی جواز مطالبه الحاکم الجواب من المدعی علیه و ان لم یلتمس منه المدعی ذلک، إلا إذا رفع المدعی الید عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاکم الجواب من المدعی علیه، فان لم یسقط حقه و لکن لم یلتمس من الحاکم المطالبه بالجواب فلا یجب کذلک، فان التمس وجب علی الحاکم ذلک عند الأکثر لأن ذلک مقدمه للقضاء الواجب فیجب. و یمکن الخدشه فی ذلک بأنه لیس القضاء موقوفا علی جواب المدعی علیه فی کل مورد بل للحاکم أن یطالب بإقامه البینه من المدعی فان أقامها حکم. هذا أولا- و ثانیا: لو فرض توقف الحکم علیه و أنه قد یقر بالحق فلا حاجه الی البینه، فما الدلیل علی وجوب تحصیل موضوع القضاء و مقدمته علی الحاکم؟ و فی المبسوط ذکر فی المسأله قولین، ثانیهما: عدم التوقف،

قال: ان نفس طرح الدعوى عند الحاكم مطالبه بالجواب. و قد نقله صاحب الجواهر عن المسالك و قال: ان هذا لا ينفى التوقف، و استدل فى الجواهر لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، و الثانى: كون ذلك حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم فى مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعا، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطالبه بالجواب على دعوى المدعى؟ ان هذا مشكل، و لعل مراده من الحق هو الولايه و السلطنه على المترافعين لفصل الخصومه. و هذا صحيح لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فان لم يطالب فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولايه؟ لا وجه للوجوب، نعم له ذلك لغرض فصل الخصومه و حسم النزاع.

و أما الأصل: فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب، اللهم الا أن يريد من الأصل ان مقتضى الإطلاقات و العمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، و مع الشك فى شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به فالأصل عدمها، و يكون مرجع ذلك الى تخصيص أدله وجوب القضاء و الأصل عدمه.

و كيف كان فإنه يبقى عليه أنه ان أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، و الا فان لم يطالب بالجواب فعلا فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم و ان قلنا بإطلاق أدله القضاء، فيبقى صوره التماس المدعى. و هنا يمكن أن يقال بأن أدله القضاء لا تشمل هذه الصوره

بأن يحكم بعد قيام البينه و لا يطالب المدعى عليه بشيء، فان قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» و نحوه منصرف عن مثله، لا سيما و ان المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاه كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعى.

المسأله الرابعه

(فى حكم الدعوى على القاضى)

قال المحقق: «لو ادعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك امام رافعه اليه و ان لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولايه، و ان كان فى ولايته رافعه الى خليفته» .

أقول: ان كان النزاع فى زمن حضور الإمام فإنه يرجع اليه، و ان كان فى زمن الغيبه و كان النزاع مع حاكم فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته فان لم يكن فى الولايه ففى غيرها و ان كان ذاك الحاكم منصوبا من قبل هذا الحاكم المخاصم.

و الدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقات أدله القضاء.

المسأله الخامسه

(فى استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق «قده» : «يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى

الحاکم، و لو قاما بین یدیه کان جائزا» .

أقول: قال فی مفتاح الکرامه: لما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه قضی أن یجلس الخصمان بین یدی القاضی.

و قول علی علیه السلام فیما تقدم: «لو لا أنه ذمی لجلست معه بین یدیک» و أصل البراءه و أصل الإباحه مع ضعف السند و عدم وضوح الدلاله علی الوجوب شواهد علی الاستحباب. و لعل السر أنه أقرب للتسویه و الخطاب معهما أسهل و أمرهما أوضح.

ص:۲۸۰

المقصد الثالث

اشاره

(فی جواب المدعی علیه)

قال المحقق «قده» : «فی جواب المدعی علیه، و هو اما إقرار أو إنکار أو سکوت» .

أقول: جواب المـدعی علیه للدعوی التی یقیمها المدعی له صور، و قد أضاف بعض الأصـحاب الی ما ذکر المحقق صوره رابعه و هی أن یقول فی الجواب: لا ادری (۱)) ، و أضاف آخر صوره خامسه

ص:۲۸۱

و هی: أن یصرف الدعوی عن نفسه و یوجهها الی غیره کأن یقول فی الجواب: لست أنا طرف الدعوی بل هو فلان.

۱-الإقرار و جمله من أحکامه:

اشاره

قال: «أما الإقرار فیلزم إذا کان جائز التصرف» .

أقول: إذا أقر المـدعی علیه و کان إقراره مطابقا لاعتقاده کان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشـیء المترافع فیه لزید وجب علیه رده الیه عند مطالبته به سواء أقر بذلک بلسانه أو لم یقر، و حیث کان إقراره جامعا لشـرائط الحجیه المذکوره فی محلها فإنه یلزم بمـا أقر به و العمـل علی طبقته، و لکن هل هـذا الإقرار الحجه یتوقف ترتیب الأثر علیه علی حکم الحاکم أو أنه بعـد تمامیه حجیته یترتب علیه الأـثر من قبـل المـدعی بلاـ توقف علی الحکم، و لسـائر النـاس إلزامه من بـاب الأـمر بـالمعروف و النهی عن المنکر کمـا هو الحـال فی الإـقرار الجـامع لشـرائط الحجیه الـذی یترتب علیه الأـثر مع عـدم المرافعه و التحـاکم الی الحـاکم بلا خلاف؟ .

ص:۲۸۲

لا إشكال فی أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، و لو كان ذلک منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختص بالحكم، و أما غير هذا الأثر من الآثار فقد قال جماعه بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، و وجه هذا الاحتياط هو أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم فكذلک غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم و الترافع لديه يكون الأمر بيده و تتوقف الآثار كلها على حكمه، و ان قامت الحجه بعد الإقرار للمدعى على أخذ ما يدعيه، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط و ان كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحجه و به قال جماعه.

و يدل على حجيه الإقرار بناء العقلاء و سيرتهم على الأخذ به سواء حكم الحاكم أو لا، و قد أمضى الشارع هذه السيره بقوله:

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (۱)) ، فالإقرار حجه و ان لم يحكم الحاكم، نعم يحتمل أن يكون للحكم موضوعيه فی مورد النزاع، فالأحوط أن ترتب الآثار بعده.

ثم هل البينه كالإقرار أو أن حجيتها متوقفه على الحكم؟ قال غير واحد من الأصحاب-بل قيل: انه المشهور-بالفرق بين

الأمرين (۱)) . و أن الإقرار حجه و تترتب عليه الآثار-عدا ما يختص منها بالحكم-بخلاف البينه فلا يترتب عليها أثر مطلقا، فلا يجوز له التصرف فی المال ما لم يحكم الحاكم، فالبينه حجه بعد الحكم فی مقام المرافعه إلى الحاكم، و أما مع عدم الترافع اليه و قيامها فهی حجه و الأثر مترتب عليها.

و قيل: لا فرق بين الإقرار و البينه، فكما أن الإقرار حجه و للمقر له التصرف فی المال و ترتيب الأثر و كذا لغيره باذنه، فكذلك البينه بعد قيامها. نعم يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم و يكون أثره عدم سماع الدعوى بعد ذلك، فان كانت حجيه البينه متوقفه فی مقام التخاصم على حكم الحاكم فكذلك الإقرار من دون فرق بينهما.

ثم هل الإقرار تتقدر حجيته بمقدار ضرر المقر أو أنه كالبينه فی الطريقيه إلى إثبات حق المقر له؟ مثلا: إذا أقر بأن لزيد على ذمته كذا من الدراهم يكون إقراره حجه، و أما إذا أقر بالنسبه إلى عين خارجيه بأنها لزيد فهل يفيد عدم كونها له فقط أو يفيد مع ذلك كون

العين لزيد أيضا فيكون الإقرار طريقا إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبينه؟ وجهان.

قد يقال بالأول لأن ذلك حد دليل حجيه الإقرار و هو «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، و أما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر، بخلاف البينه فإن مفاد دليل حجيتها و هو: «انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالته على عدم كونه للمنكر.

أقول: و الوجه الثاني غير بعيد، فإنه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به-خصوصا بعد حكم الحاكم-و كون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلا فرق بين البينه و الإقرار من هذه الجهه، و انما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناء على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: «أحدهما» عدم كون المقر فيه للمقر، و «الأخر» كونه للمقر له، فيقال بكونه حجه فى الأول فقط-و هو عدم الملكيه-لأنه مقدار الضرر. و لكن لا وجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكيه زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشمله «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

و كذلك لا فرق بين الإقرار و البينه فى سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذى تنازعا فيه، لان حكم الحاكم يفصل الخصومه بين المترافعين فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم فى ذلك النزاع، أما بالنسبه إلى دعوى ثالث مالكيه ما أخذه المقر

له أو مقيم البينه فلا يقتضى الحكم عدم سماعها لأنها دعوى جديده يجب سماعها و النظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.

و أما اليمين فليس لها حجيه شرعيه بالنسبه الى غير الحاكم، فليست كالبينه و الإقرار فى ترتب آثار الحجيه، بل ان الآثار كلها تترتب عليها بالحكم (۱)) .

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق «قده» : «و هل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا لانه حق له فلا يستوفى إلا بمسألته» .

أقول: و هل يحكم الحاكم على المقر قبل مطالبه المقر له بالحكم؟ لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا يبعد الوجوب و ان لم يتوقف عليه، لان الحكم من شأن الحاكم و وظيفته بعد الإقرار و المطالبه و أما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن المبسوط:

ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى، و ظاهره الحرمه قال:

لانه حق للمدعى فلا يستوفى إلا بمسألته، أى: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. و لكن هذا التعليل غير تام، لان كونه

حقا لا ينافى أن لا يكون أداء هـذا الحق موقوفا على اذنه أو مطالبته و لا يسـتلزم أن يكون حراما بدون ذلك، فالصـحيح الرجوع الى الأدله أو الأصول، و حيث لا دليل فى المسأله فإن الأصل مع الشك فى الحرمه هو عـدم الحرمه، و مع الشك فى الوجوب فهو عـدم الوجوب الا أن يستفاد الوجوب من إطلاقات أدله الحكم و القضاء-فمقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسأله المدعى هذا من الناحيه التكليفيه، و أما وضعا فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم لكن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه.» هو الإطلاق، فليس الحكم مقيدا بالمطالبه و المسأله من المدعى.

هـذا مع أن الحكم قد يكون حقا للمنكر كما إذا لم يقم المدعى البينه فيحلف المدعى عليه، فان الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعى. نعم يجوز لمن كان حقا له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه ان كان قابلا له.

اذن يمكن القول بجواز الحكم مع عـدم المطالبه، الا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضا تمسكا بإطلاقات الايات و الروايات فيقال بأن الحكم وظيفه الحاكم بعد تماميه المقدمات سواء سئل بذلك أو لا، و أما مع المطالبه فالحكم واجب بلا كلام.

قال: «و صوره الحكم أن يقول: ألزمتك.» .

أقول: كل لفظ ظاهر فى الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم و أما «ثبت عندى» و نحوه فليس صوره له لعدم ظهوره فيه.

و هل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، و هو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، و شمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: «و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه.» .

أقول: و حيث حكم فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقا أو في صوره الالتماس أو لا يجب؟ قيل: يجب لأن الكتابه من تبعات الحكم و لواحقه فيجب كتابه الحكم حتى يبقى و لا ينكر أو ينسى، و لأنه ان لم يكتب أضاع حق المقر له، و قيل لا يجب لأن الذى يفصل الخصومه و يقطع النزاع هو الحكم، و أما الكتابه فهي من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر-لا من آثار الحكم و لواحقه- و حيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق و إنقاذه فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضا فلا تجب الكتابه.

و قيل: تحرم الكتابه لأنها قد تكون اعانه على الإثم كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور فكانت سبب الظلم لأحد أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانه على الإثم الصادر منه، و فصّل بعضهم بأنه ان كان إحقاق حق المقر له متوقفا على الكتابه وجبت و الا فلا.

و بناء على وجوب الكتابه فلا يجوز له أخذ الأجره عليها بناء

على عـدم جواز أخـذ الأـجره على الواجبـات، و هو جـائز له بناء على عـدم وجوبها عليه، و حيث لا يجوز له أخـذ الأجره فإنه لا يجوز له أخذ شیء فی مقابل الدواه و القرطاس أيضا، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم فی الفرع السابق.

هـذا، و لو قصـر فی تطبيق القواعـد و الاحكـام أو خالف فی شـیء منها فإنه لا أثر لحكمه حينئـذ و لا نفوذ و ان كان حكمه حقا لقوله عليه السلام «. و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فی النار.» (۱) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، و لعل السـر فی ذلک أن الحكم له جهه تعبـديه و يعتبر فيه قصـد القربه و أن يكون على طبق الاحكام و القواعـد المقرره لذلک من قبـل الشارع، فان لم يكن كـذلک أو كان بالمقـدمات المحرمه لم ينفـذ البته، و عليه فلو حكم بالحق رياء أو طلبا لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

و يحتمـل أن يكون السر فی ذلک اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادرا عن المقـدمات الصـحيحه و المشـروعه، فمع انتفاء الشـرط ينتفی المشروط.

و لو شـک فی كون إصـدار الحكم واجبـا تعبـديا أو توصـليا فإن الأصل فی الواجبات هو التعبـديه. و سيأتی مزيـد تحقيق لهـذه المسأله إنشاء اللّه تعالی.

هذا، و لو أجاب الحاكم المدعی بكتابه الإقرار و الحكم لم

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۱.

يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه، أو يشهد على الاسم و النسب شاهدا عدل حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، و قد اتفق حصول هذا التزوير فى زماننا من بعض المزوره، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع-و هو مكفوف البصر-و ذكروا عنده أن فلانا حاضر عندكم يقر بأنه قد باع داره لفلان و نحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويرا من الرجلين، و قد أدى الأمر إلى النزاع و الخصومه. إذن يشترط أن يكون الحاكم عارفا للشخص من حيث اسمه و نسبه و الا فيشترط شهاده شاهدين عادلين.

قال المحقق «قده» : «و لو شهد عليه بالحليه جاز و لم يفتقر إلى معرفه النسب.» .

أقول: و هل يغنى ذكر أوصافه و ملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم و النسب قال المحقق: نعم، لكن فى الجواهر عن السرائر الإشكال فى كفايه ذلك، الا أن عباره السرائر تدل على خلاف ما نسب إليها فى الجواهر فليراجع (۱)) . و كيف كان فما ذكره المحقق «قده» هو الأظهر لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه و التزوير.

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟

و كيف كان فان امتثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، و ان امتنع من أداء الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و للغريم أن يغلظ له القول و يخاطبه بما يكرهه فى حدود الشرع، و لو لم يفد ذلك كله حبسه الحاكم بالتماس الغريم لقوله صلى اللّه عليه و آله و سلم-فى الخبر الضعيف المنجبر بعمل الأصحاب- «لى الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره اللّه عز و جل» (۱) لكن العقوبه فيه مطلقه فالظاهر إناطتها بنظر الحاكم، الا أن فى جواز حبسه لذلك نص خاص، ففى الموثق: عن أبى عبد اللّه عليه السلام «ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ما له بينهم بالحصص (۲)» و فى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطله السابقه منه، و أن يكون تحذيرا له عن المماطله فيما يستقبل، و أن يكون لغرض حمله على الاعتراف بما يملكه من الأموال، و يدل الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أو لا بأداء الحق بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فان أبى فعلى الامام ذلك بعد بيع ماله، و فى خبر السكونى: «ان عليا

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۳-۹۰ عن مجالس ابن الشيخ.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۳-۱۴۷.

علیه السلام کان یحبس فی الدین ثم ینظر فان کان له مال أعطی الغرماء و ان لم یکن له مال دفعه الی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» (۱) .

بل عن الشیخین فی المقنعه و التهذیب مرسلا: «قال الصادق علیه السلام لقوم من أصحابه: انه قد حق لی أن آخذ البریء منکم بالسقیم، و کیف لا یحق لی و أنتم یبلغکم عن الرجل منکم القبیح فلا تنکرون علیه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتی یترک» فهذا یفید جواز الإیذاء من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، الا أنه لم یذکر حده فی الروایات فیرجع ذلک الی نظر الحاکم.

فالحاصل: انه یلزم أن تکون أحکام القضاه و عقوباتهم مطابقه للأدله الشرعیه و الموازین المقرره الإلهیه، فما تداول فی هذه الأیام من بعضهم من الحکم بالسجن و دفع کذا من المال فی بعض الموارد حکم بل دلیل، و کذا مصادره الأموال، فإنه لم یجعل الشارع هذه العقوبه علی جرم فی الشریعه المقدسه، و لو علم بوجود أموال مغصوبه فی أموال أحد فاللازم استرداد ذلک المقدار فقط و دفعه الی صاحبه أو الی ورثته لا أن یجعل فی صندوق المستضعفین أو یتصرف فیه الحاکم أو غیره تصرفات أخری.

حکم ما لو ادعی الإعسار:

قال المحقق «قده» : «و لو ادعی الإعسار.» .

ص:۲۹۳

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

أقول: أی لو أقر بالحق ثم ادعی الإعسار، فإن استبان فقره و علم صدق دعواه أنظره لقوله تعالی «وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ» (۱) و للموثق الاتی ذکره و غیره.

قال: «و فی تسلیمه الی غرمائه لیستعملوه أو یؤاجروه روایتان.» .

أقول: قال فی الجواهر: أشهرهما عملا و أصحهما سندا أو أکثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الکتاب روایه الإنظار، یعنی الموثقه:

«ان علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین، فإذا تبین له حاجه و إفلاس خلی سبیله حتی یستفید مالا» (۲) و روایه السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: «ان امرأه استعدت علی زوجها أنه لا ینفق علیها و کان زوجها معسرا فأبی أن یحبسه و قال: ان مع العسر یسرا» (۳) و مراده من الأصل هو أنه مع الشک فی وجوب کونه أجیرا أو تسلیم نفسه لیؤاجروه حتی یؤدی دینه فالأصل عدم الوجوب، و المراد من الکتاب الآیه الشریفه المذکوره آنفا.

و الروایه الأخری ما رواه السکونی: «ان علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین ثم ینظر فان کان له مال أعطی الغرماء و ان لم یکن له مال دفعه الی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» .

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

لكن الشيخ عمل فى النهايه بروايه السكونى، و عن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، و ما إذا كان عاجزا.

عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

و قد رجح صاحب الجواهر الاولى على الثانيه لموافقتها للكتاب، و قيل ان روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجح الاولى عليها لان المتمكن من العمل ليس معسرا، و بهذا المعنى صرح العلامه فى المختلف، و لذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: ان كان لفظ «المعسر» ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال فعلا سواء تمكن من تحصيله بسهوله أو لا وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، و ان كان ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال و لو بالقوه لم توافقه، و الظاهر أن «المعسر» هو الذى ليس عنده مال و لا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل و اجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع و الحرف و الأشغال. لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، و ذلك أنها تدل على تسليمه الى الغرماء و ليس فى الكتاب دلاله على ذلك.

و يحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقل من حقوق الغرماء أو مساويا لها منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لان تصرفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك الا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه و حرفه لها ماليه يبذل بإزائها المال و الغرماء يطالبون بحقوقهم

کان علی الحاکم أن یمنعه من العمل لنفسه و تسلیمه الی الغرماء لیستعملوه حتی یستوفوا حقوقهم عن طریق استعماله و تشغیله- کما یمنعه و یحجره عن التصرف فی أعیان أمواله-لأن المفروض مالیه عمله، فتکون روایه السکونی غیر مخالفه للأصل إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس کیفما أمکن و المنع عن تضییعه و السعی وراء أدائه.

نعم لا یجوز حمل المدین علی عمل حرجی أو إجباره علی تحصیل المال عن طریق غیر متعارف کأن تؤمر الامرأه بالتزوج لتأخذ المهر و تقضی الدیون أو یؤمر الرجل بخلع زوجته فیأخذ عوضه و نحو ذلک.

و بما ذکرنا یجمع بین الروایتین بأن من کان ذا صنعه و حرفه یستعمل و یحسب عمله عوضا عن دیونه نظیر من عمل فی بناء المسجد مده و طلب من الفقیه أن یحسب عمله بدلا عن مبلغ معین من سهم الامام علیه السلام فی ذمته، و من لم یکن کذلک و لا یتمکن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ینظر حتی حصول المیسره.

هل یحبس حتی یتبین حاله؟

قال المحقق: «و هل یحبس حتی یتبین حاله؟ فیه تفصیل ذکر فی باب الفلس» .

أقول: لو أقر بالحق و ادعی الإعسار و جهل حاله ففی المسأله صور أربع

الصوره الاولی: ان یکون حالته السابقه الإعسار و الدائن یصدقه فی ذلک لکنه یدعی یساره الان و المدین یدعی بقاء حاله الإعسار.

الصوره الثانیه: أن یقر بالدین و بالیسار سابقا-أو وجود مال الدائن عنده ان کان أصل الدعوی مالا-لکن یدعی الإعسار الان فیقول له الدائن: أنت علی یسارک السابق، أو أن مالی موجود عندک الاذن.

الصوره الثالثه: الجهل بحالته السابقه.

الصوره الرابعه: أن یکون سابقا معسرا تاره و واجدا أخری.

و تفصیل الکلام فی الصوره الاولی: فی هذه الصوره یجب علی الدائن الذی یدعی یسار المدین إقامه البینه علی دعواه، لان قول مدعی الإعسار هو الموافق للأصل، فان أقام البینه حکم علی المدین بدفع المال و أداء الحق و لا معنی للأنظار، و ان أبی حبس، و ان لم یقم البینه أحلف مدعی الإعسار فإن حلف أنظر، و ان رد الیمین علی من یدعی الیسار أحلف، فان حلف حکم علی المدین بأداء الحق فإن أدی فهو و الا حبس، و ان امتنع عن الیمین فقیل:

انه مع رد الیمین علی المدعی و نکوله یکون النکول سببا للحکم بضرره، لان النکول عن الیمین المردوده هو بمثابه یمین المدعی علیه، و قیل: النکول لا یوجب ذلک و تبقی الدعوی مجمله، و المرجع فی صوره إجمال الدعوی-فی غیر مسألتنا-هو الأصول و القواعد،

أما فی هذه الصوره فی محل الکلام فالمرجع هو قوله تعالی:

«وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ» فإنها تدل علی أن وجوب الانظار مشروط بکونه معسرا، أی ان للدائن مطالبه حقه من المدین إلا فی حال کونه ذا عسره، فان أحرز الشرط ترتب حکم وجوب الانظار، و مع الشک فلا یحکم بوجوبه، فله المطالبه بحقه و أن یطلب من الحاکم حبسه ان امتنع عن أدائه.

و لو أقام مدعی الإعسار البینه علی ذلک قال بعض الأصحاب بحجیه تلک البینه بناء علی إطلاق قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم:

«إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» ، و قیل: لا تقبل منه البینه لأنه منکر لقوله علیه الصلاه و السلام: «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» (۱) و سیأتی تحقیق المسأله فی محلها ان شاء اللّه تعالی، و علی الأول فهل یحتاج الی ضم الیمین إلی البینه؟ قیل: لا، لأن البینه حجه تامه، و قیل: نعم، لأن البینه علی النفی لیست بحجه فلا بد من ضم الیمین إلیها.

۲-الإنکار و جمله من احکامه:

اشاره

قال المحقق: «و أما الإنکار فإذا قال «لا حق له علی» فان کان المدعی یعلم أنه موضع المطالبه بالبینه فالحاکم بالخیار ان شاء قال للمدعی: أ لک بینه؟ و ان شاء سکت، أما إذا کان المدعی لا

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵ فی حدیث فدک عن تفسیر علی ابن إبراهیم القمی.

یعلم أنه موضع المطالبه بالبینه وجب أن یقول الحاکم ذلک أو معناه، فان لم تکن له بینه عرفه الحاکم أن له الیمین، و لا یحلف المدعی علیه الا بعد سؤال المدعی لانه حق له فیتوقف استیفاؤه علی المطالبه» .

أقول: حاصل ما ذکره قدس سره أنه ان طرح المدعی دعواه عند الحاکم و قال المدعی علیه: لا حق له علی، فالمدعی اما لا یعلم بأن علیه إقامه البینه علی ما یدعیه فحینئذ یطالبه الحاکم بإقامتها، و اما یعلم فلا یجب علی الحاکم أن یطلب منه ذلک، فان لم یکن عنده بینه علی دعواه أو لم یقمها أعلمه الحاکم بأن له استحلاف المدعی علیه المنکر لدعواه، لان ترتب الأثر علی یمین المدعی علیه مشروط باستحلافه إیاه، فلو حلف بدونه لم یترتب علیه أثر، و کذا لو استحلفه المدعی و لم یحلفه الحاکم، أو أحلفه الحاکم بدون استحلاف المدعی، فترتب الأثر علی یمین المدعی علیه یتوقف علی کلا الأمرین: استحلاف المدعی و إحلاف الحاکم إیاه بعد ذلک بإذن المدعی.

و هل المراد من قوله: «و لا یحلف المدعی علیه الا بعد سؤال المدعی» و أن الحاکم لا یحلفه الا بعد اذنه هو الأثر التکلیفی أو الوضعی؟ أما تکلیفا فلا أثر للیمین الواقعه بدون أحد الأمرین لأنها حینئذ لغو، بل قد یقال بحرمتها للنهی عن ذلک فی الکتاب حیث قال عز و جل «وَ لا تَجْعَلُوا اَللّهَ عُرْضَهً لِأَیْمانِکُمْ» (1) ، هذا بالنسبه

١- ١) سوره البقره:٢٢۴.

الى المدعى عليه، و أما الحاكم فان قلنا بحرمه الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم إحلافه لأنه يأمره بالمعصيه حينئذ و أما وضعا فلا يترتب على هذه اليمين أثر، و هذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

«و لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين و أعادها الحاكم ان التمس المدعى» .

و لقد استدلوا لعدم تأثيره وضعا بأن إحلاف المدعى عليه حق للمدعى، و ما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه لتوقف استيفاء حق المدعى عليه مطالبته. و فيه تأمل: لأن مجرد كون ذلك حقا للمدعى لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه و هو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر فى القضيه بحسب الموازين الشرعيه لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعده على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقا للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم و القضاء كتابا و سنه هو نفوذ حكمه و وجوب امتثاله و ان كان صادرا بدون إذن المدعى، و لا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقا للمدعى لا يكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم و عدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه فى إحلاف المدعى عليه.

ص:٣٠٠

كما أن هـذا الحق لا يجوّز له منع المـدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الـدين اليه الا بقصد إسـقاط حقه و إبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه و العدول عن مطالبته فيما نحن فيه، و أما بقصد إبقاء النزاع و الخصومه فلا.

و قد اعترض فى الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقا حتى مع قيام شاهد الحـال، و ذلـك لاـن الحق كالمـال، فكما يجوز بعض التصـرف فى مال الغير برضاه و لو بشاهـد الحال فكـذلك الحق و لا يلزم الاذن الصـريح منه بالحق، و عليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم و طرح الدعوى عنده يكفى شاهدا على رضاه بإحلاف المدعى عليه و الحكم فى القضيه.

و من هنا قال فى الجواهر: فالأولى الاسـتدلال لـذلك بعـد الإجماع بظاهر النصوص الاتيه فى اشتراط الرضا الـذى لا بد من العلم به، و شاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل.

أقول: اذن لاـ بـد من النظر فى الاخبـار، و قـد وجـدنا هـذه الاخبار داله على لزوم الاسـتحلاف، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهـذه الاخبار حيث ورد فيها الاسـتحلاف تكون بمنزله الشارح لإطلاقات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» أو المبين لإجمالها، إذ تضمنت كيفيه اليمين و أن المدعى يستحلف المنكر، فلو فرض

عـدم دلالـه الاخبـار على تـأثير اليمين بـدون اسـتحلاف المـدعى فلاـ ريب فى أن القـدر المتيقن من مـدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المـدعى. و بهذا البيان يتم دلاله هذه الاخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصـحاب، و يكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فان العلم برضا صاحب المال ببيع ما له لا يكفى لجوازه بل لا بد من إظهار رضاه الباطن و التصـريح به. و لعل السر فى ذلك أنه كثيرا مـا ينـدم البـائع عن بيع متـاعه فمع التصـريح بالاـذن و الرضا لا يؤ ثر نـدمه، بخلاف ما إذا أريـد الاعتماد على رضاه فيمكنه إنكـار الرضـا أصـلا و لاـ طريق إلى إثبـات الرضـا البـاطنى، و هنـا كـذلك فإنه إذا قال له احلف لم يبق له مجال بعدئـذ للإنكار بخلاف ما إذا أريد الاستناد الى الرضا.

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعيه فى قبول حكم الحاكم فى تلك القضيه.

هـذا و ليس فى الروايـات أن يقول المـدعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يسـتحلف المنكر، بل فى بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلـف، فمـا الـدليل على أن اسـتحلافه إيـاه هو أن يقول للحـاكم: حلفه؟ و أن على الحـاكم الاستيـذان منه فى إحلاـف المنكر؟ و حيث لا دلاله فى الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعـدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدعى؟ ثم انه إذا أحلفه فى حضور الحاكم و حلف فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف

علیه؟ و هل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاکم إحلافه إیاه؟ اللهم الا أن یکون الدلیل هو الإجماع و أن سیره المسلمین منذ صدر الإسلام حتی الان هی علی إحلاف الحاکم المنکر بعد مطالبه المدعی، و الا فإن المستفاد من الروایات هو ما ذکرناه، بل قیل: انه یعتد بیمینه الواقعه بعد التماس المدعی و ان لم یکن فی محضر الحاکم، و هو مقتضی إطلاق معتبره ابن أبی یعفور:

«إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له:

و ان کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم.» (۱) .

لکن الظاهر أنها محموله علی المعهود المتداول بین المسلمین فی کیفیه حل النزاع بینهما، فان المتخاصمین یتحاکمان الی الحاکم و یفوضان الأمر إلیه فتجری فی مجلسه جمیع المقدمات باذنه و تحت نظره ثم یحکم فی الواقعه بحسب الموازین المقرره فی الشرع، فلا إطلاق لها إذا، و یشهد بما ذکرنا أن فی الروایه: «قلت: و ان کانت له علیه بینه عادله؟» أی: هل الیمین تذهب بحقه و ان کانت له علیه بینه؟ فقد یتفق غیاب البینه و هما مستعجلان فی فصل خصومتهما فیحلف المدعی علیه المنکر ثم یحضر الشاهدان، فان المراد من البینه هنا هی البینه التی تقام عند الحاکم کما هو واضح، و بقرینه

ص:۳۰۳

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۹.

المقابله بين هذه البينه و اليمين يعلم أن المراد من اليمين فى الخبر هى يمين المنكر عند الحاكم.

ثم ان الإجماع المـدعى على لزوم إذن المـدعى فى يمين المنكر مستند الى فهم الأصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات أو الى السيره المستمره التى ذكرناها، و أما كونه إجماعا تعبديا غير مدركى فبعيد جدا، و الأظهر استناده إلى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم اليه، و أنهما ليسا مختارين فى حل النزاع بينهما حينئذ، و لذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينه و يذكره بإقامتها ان كان غافلا عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: أ لك بينه؟ و ان لم يكن غافلا، فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم و أنه لا يجوز لهما التقدم عليه فى شأنهما، نعم القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

و ليس المراد من «الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصيا بنكوله منه، لان المنكر بالخيار بين اليمين و الرد و النكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، و هذا هو مراد من عبر ب «الأمر» أيضا.

و قد روى الشيخ الصدوق معتبره ابن أبى يعفور المذكوره بزياده جمله «من حلف لكم على حق فصدقوه» (۱) و قد يدعى

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۹.

كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا و لا سيما و أن الجمله فى ذيل تلك الروايه.

و فى روايه أخرى: «. و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه» (۱) .

و فى أخرى لعبد اللّه بن وضاح: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص آلاف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن عليه السلام فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الالف درهم التى حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (۲) و قد استشهد فى الجواهر بما فى هذا الخبر-من أنه قد أحلفه عند الوالى لا الحاكم-على كفايه الحلف و ان لم يكن عند الحاكم.

لكن لعل هذا الوالى الذى حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولايه على الحكومه و نصب القضاه بعد الترافع اليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، و القدر المتيقن منها ما ذكرناه.

ص:۳۰۵

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۸۰.

و كيف كان فلو حلف سقطت دعواه فى الدنيا و ان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجره بالإجماع، و فى الحديث: «. فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعه من النار» (۱) .

قال المحقق «قده» : «ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل» .

أقول: عند ما يطرح المدعى الدعوى و ينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعى أو ينكل فلا يحلف و لا يردها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: «فإذا حلف سقطت الدعوى» .

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى و لا حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقا فكالأول، أى:

ان كان الشىء المتنازع فيه له حقا فهو، و ان كان كاذبا فكذلك، أى لا يكون الشىء له باليمين و يحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبه إلى المنكر نفسه، و أما بالنسبه الى المدعى فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشىء بحسب الظاهر و هذا معنى سقوط دعواه، و أما بالنسبه إلى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، و أما بالنسبه إلى سائر الناس فإنهم إذا أرادوا

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

التصرف فی الشیء المتنازع فیه لزمهم الاستیذان من المدعی علیه.

قال المحقق: «و لو ظفر المدعی بعد ذلک بمال الغریم لم تحل له المقاصه» .

أقول: و إذا سقطت الدعوی فهل للمدعی التقاص من مال المدعی علیه بحیث لا یشعر بذلک أحد؟ ادعی الاتفاق علی عدم جواز التقاص منه ان کان مورد النزاع دینا، و أما إذا کان عینا فالمشهور علی الجواز، و قال جمع بالعدم و بقاء الحق إلی الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فی العین المتنازع فیها و ان لم یکن تصرفا منافیا لکونها بید المدعی علیه کأن تکون عبدا و یعتقه فی سبیل اللّه عز و جل أو یبرأ ذمه المنکر قربه الی اللّه تعالی، لان ذلک ینافی حکم الحاکم المقتضی لعدم کون المنکر مدینا للمدعی و مقتضی الإبراء کونه مدینا له.

أقول: ان مقتضی القاعده هو جواز التقاص منه-الا أن یقوم الدلیل علی المنع-إذ لیس الحکم من المملکات و النواقل للأموال و الا لما قال صلی اللّه علیه و آله و سلم: «. فأیما رجل قطعت له من مال أخیه شیئا فإنما قطعت له به قطعه من النار» فلا یقال بأنه علی أثر الیمین و الحکم یکون الحالف مالکا و ان أثم فی الیمین الکاذبه نظیر البیع وقت النداء من یوم الجمعه، و حیث لا تصبح العین ملکا للحالف بیمینه فاما أن تکون ملکا بلا مالک أو تبقی علی ملک المدعی و الأول ساقط فثبت الثانی، فللمدعی التصرف فی العین أینما وجدها غیر أنه یکون حینئذ رادا علی اللّه لمخالفته لحکم الحاکم، و لکن

لو فعل ذلک خفیه أمکن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم الا أن یقال بوجوب التزام المدعی بترتیب آثار مالکیه المدعی علیه و ان کانت العین ملکا له فی اعتقاده، و أن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العین معامله ملک المنکر کالمدعی نفسه، فعلیهم الاستیذان من المنکر ان أرادوا التصرف فیها، و قیل بوجوب ذلک علیهم ان لم یکونوا عالمین بکونها ملکا للمدعی فی نفس الأمر، الا أن الکلام فی أثر إذن المدعی علیه حیث قد حلف کاذبا و هو یعلم بأن العین لم تدخل فی ملکه واقعا بل هی باقیه علی ملک المدعی، فإنه لا یجوز له الاذن و لو أذن لم یؤثر، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعیین کلیهما فی التصرف فی العین.

قال المحقق: «و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه» .

أقول: أی ان الحاکم بعد ما حکم بأن الشیء للمنکر أو بأنه لیس مدینا للمدعی لا یجوز له سماع الدعوی مره ثانیه، و لا استماع شهاده بینه المدعی علی مالکیته للشیء المتنازع فیه، قال المحقق: «و لو أقام بینه بما حلف علیه المنکر لم تسمع» و هذا مذهب المشهور بل حکی علیه الإجماع، و ذلک لحکومه خبر ابن أبی یعفور عن الصادق «ع» :

«إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له: و ان کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه خمسین قسامه ما کان له، و کانت الیمین قد أبطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه. قال رسول اللّه من حلف لکم باللّه فصدقوه و ان سألکم باللّه

فأعطوه، ذهبت اليمين بـدعوى المدعى و لا دعوى له» (۱) و غيره من الاخبار على: «البينه على المـدعى و اليمين على من أنكر» (۲) .

و هنـا قولان آخران، قال المحقق: «و قيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سـقوط الحق باليمين، و قيل: ان نسـى بينته سـمعت و ان أحلف» و الثالث: انها تسـمع مطلقا، قال المحقق: «و الأول هو المروى» و تلك الأقوال مخالفه للنصوص الوارده فى المقام، و هى تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى و أنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبدا، و قد عمل الأصحاب بتلك النصوص الا من شذ.

قال المحقق: «و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين، و هنا أولى» و هذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته و حل مقاصته.» .

أقول: لو أكـذب المـدعى عليه الحالف نفسه بعـد يمينه فهل يكون إقراره بالكـذب كالبينه التى يقيمها المدعى بعد يمين المنكر فى عـدم التأثير أو يؤثر هـذا الإـقرار؟ ان دليـل حجيه الإـقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قـد حلف أو لا، و دليل حجيه اليمين و ذهابها بحق المدعى مطلق فهى تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين

ص:۳۰۹

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۵.

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار لذهاب الأصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما فى مورد الاجتماع لحكومه دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار لأنه رافع لموضوعه؟ المستفاد من المعتبره: «انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى عليه، ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه، و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، فان هذا الرجل تائب و اللّه يحب التوابين» (۱) كون الإقرار مسموعا و أنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل ان تلك الأدله منصرفه عن صوره تكذيب الحالف نفسه.

بل ان اليمين من الطرق العقلائيه، و قد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقا لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السيره و بناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين و الخبر مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، و عليه فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد و يمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين و أنها ليست مصداقا عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. و كذلك البينه لو أكذب الشاهدان

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۷۹.

أنفسهما بعد الشهاده.

و أما بقاء مالكيه المدعى على المال فهو مقتضى خبر مناهى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم حيث ورد فيه النهى عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبى «ص» : «فى حديث المناهى: انه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (۱) . و كذا قوله «ص» : «. فإنما قطعت له قطعه من النار» (۲) .

و فى خبر عبد اللّه بن وضاح: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص الالف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن فأخبرته. فكتب: لا ـ تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا ـ تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (۳) .

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من باب المشاكله كما فى قوله تعالى «فَمَنِ اِعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدى عَلَيْكُمْ» (۴) ، و الا فإن أخذ الحق ليس ظلما حقيقه، نعم

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۸۰.

۴- ۴) سوره البقره:۱۹۴.

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعا.

فتحصل: ثبوت ملكيه المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب و سقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البينه التى يقيمها المدعى بعد حلف المنكر فقد دلت النصوص على تقدم اليمين و عدم سماع البينه بعدها.

هذا، و فى كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب بحق المدعى على المنكر. و فيه: أنه لا يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، و انما له المطالبه بماله و إيقاع أنحاء التصرفات فيه، و من الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله و ليست حقوقا له على من عنده المال، فالصحيح أن أدله ذهاب اليمين بحق المدعى تمنع تصرفه فى ماله الذى بيد المنكر بعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له و المنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذى بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال و حلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه.

و فى المسالك: «أما لو أكذب الحالف. كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمه الخصم فلا وجه لسقوطه» . أقول: هذا يتوقف على عدم تماميه إطلاق أدله «ذهبت اليمين بحقه» كما ذكرنا و الا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ص:۳۱۲

ثم انه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد: و الانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الإجماع على خلافه. و الصحيح هو الثانى وفاقا للجواهر، لان اليمين مقدمه للحكم-كالبينه-و فصل الخصومه يحصل بالحكم و قد قال صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» أى: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينه أو تحقق اليمين، فكل واحده منهما فى موردها مقدمه لحكم الحاكم و به ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه و لم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استيناف الدعوى.

هذا كله إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: «و ان رد اليمين على المدعى لزمه الحلف» .

أقول: ان رد المنكر اليمين على المدعى قالوا: يجب على المدعى أن يحلف، و ليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفى بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدمه لاحقاق الحق فإذا حلف حكم له و وجب على المنكر تسليم الشىء المتنازع فيه اليه.

و يدل على ذلك الإجماع و الاخبار المستفيضه أو المتواتره كما

فی الجواهر، و هذه نصوص طائفه من تلک الاخبار نذکرها لاشتمالها علی أحکام أخری أیضا:

۱-محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: «فی الرجل یدعی و لا بینه له. قال: یستحلفه فان رد الیمین علی صاحب الحق فلم یحلف فلا حق له» (۱) .

۲-عبید بن زراره عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لا بینه للمدعی. قال: یستحلف أو یرد الیمین علی صاحب الحق فان لم یفعل فلا حق له» (۲) .

۳-الصدوق بإسناده عن أبان عن جمیل عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «إذا أقام المدعی البینه فلیس علیه یمین و ان لم یقم البینه فرد علیه الذی ادعی علیه الیمین فأبی فلا حق له» (۳) .

۴-الکلینی عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبی عبد اللّه علیه السلام:

«فی الرجل یدعی علیه الحق و لیس لصاحب الحق بینه. قال: یستحلف المدعی علیه فان أبی أن یحلف و قال: أنا أرد الیمین علیک لصاحب الحق فإن ذلک واجب علی صاحب الحق أن یحلف و یأخذ ماله» (۴) .

۵-یونس عمن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه:

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی صحیحه.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی صحیحه.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۷ و لیلاحظ طریق الصدوق الی أبان.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۷. و هی مرسله.

بشهاده رجلین عدلین، فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان، فان لم تکن امرأتان فرجل و یمین المدعی، فان لم یکن شاهد فالیمین علی المدعی علیه، فان لم یحلف ورد الیمین علی المدعی فهی واجبه علیه أن یحلف و یأخذ حقه، فان أبی أن یحلف فلا شیء له» ((۱)) .

۶-عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال: قلت للشیخ علیه السلام:

«خبرنی عن الرجل یدعی قبل الرجل الحق فلم تکن له بینه بماله.

قال: فیمین المدعی علیه فان حلف فلا حق له، و ان رد الیمین علی المدعی فلم یحلف فلا حق له (و ان لم یحلف فعلیه)و ان کان المطلوب بالحق قد مات فأقیمت علیه البینه فعلی المدعی الیمین باللّه الذی لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعلیه، فإن حلف و الا فلا حق له، لأنا لا ندری لعله قد أوفاه ببینه لا نعلم موضعها، أو غیر بینه قبل الموت، فمن صارت علیه الیمین مع البینه فإن ادعی بلا بینه فلا حق له لان المدعی علیه لیس بحی، و لو کان حیا لا لزم الیمین أو الحق أو یرد الیمین علیه، فمن ثم لم یثبت الحق» ((۲)) .

فتحصل أن للمنکر رد الیمین علی المدعی فان حلف ثبت حقه و حکم له، و أما إذا کانت دعواه ظنیه فقیل لا تسمع الدعوی الظنیه

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی مضمره.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۲. و فیها «یاسین الضریر» و لیس لأئمه الرجال فیه مدح و لا ذم.

مطلقـا، و قيـل: بل تسـمع إذ قـد تقوم البينه على طبقها و تكون دليلا و مسـتندا لحكم الحاكم، لكن لا أثر لرد المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، و كذا لو كان المدعى يدعى شـيئا لغيره كولى الصـغير الذى يدعى على أحـد حقا للصـغير، لان يمينه لا تثبت حقه و ان كان جازما به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، و كذا الأـمر لو كـان المـدعى وصـيا لميت فيـدعى وصـيته بشـىء فينكر الوارث مثلاـ ذلـك، فـإن أقام البينه على دعواه فهو و الا حلف الوارث أو أقر بالحق و لا يرد اليمين على الوصـى. و قيل: لقـد قام الـدليل على أن البينه على المدعى و على المنكر أن يحلف أو يرد أو ينكل، و هذا الدليل مطلق يشـمل صوره ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم فى صوره رد المنكر اليمين و عجزه عنهـا-لكونه ظانـا أو لكون الحق لغيره-بسـقوط الحق المـدعى لا بأن يكون عجزه سـببا لتخيير المنكر بين الأمرين الآخرين.

و الجواب من وجهين: «الأـول» ان أدله تردد أمر المنكر بين الأـمور الثلاـثه منصـرفه عن هـذه الصوره، فليس له الرد فيهـا و يبقى الأمران. «الثانى» الشك فى إطلاق الأدله-بعد التنزل عن القول بانصرافها-فيؤخذ بالقدر المتيقن و هو ما عدا هذه الصوره.

و حيث لا يمكن الرد-لأجل لغويه يمين المدعى أو عجزه عنها- فهو مخير بين الإقرار و الحلف.

اليمين المردوده فى حكم البينه أو الإقرار؟

و هل اليمين المردوده فى حكم بينه المدعى أو فى حكم إقرار المنكر؟ قولان.

وجه الأول: ان الـذى على المدعى هو البينه، و على المنكر اليمين، فان رد المنكر اليمين على المدعى و حلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فى حكم البينه.

و وجه الثاني: ان إقرار المـدعى عليه يثبت حق المـدعى فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسـلم لما يدعيه ان حلف.

و قـد ذكروا لهـذا الخلاـف ثمرات منهـا: أن المـدعى عليه إذا أقـام بينه على أداء المـال مثلاـ حلف المـدعى، فـان كانت اليمين المردوده نازله منزله البينه جاز للمنكر إقامه البينه بعدها، و ان كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: و الأقوى أن اليمين المردوده طريق مسـتقل لإثبات حق المدعى، و ما ذكروه فى وجه القولين ضـعيف، و ليس طريق إثبات الحق منحصـرا بـالبينه و الإـقرار بـل هى ثلاـثه طرق: البينه و الإـقرار و اليمين المردوده، و لكل واحـد منها أحكامه و آثاره، و أما الثمره التى ذكروها فغير مترتبه لأن اليمين المردوده لا تصـلح لنفى أداء المـدعى عليه الـدين بل هى تثبت أصل الـدين، و حينئذ للمـدعى عليه إقـامه البينه على الأـداء «كمـا أنه لو أقر بأصل الـدين ثم أقام البينه على الأداء سـقط الحق، و ان لم يكن عنـده بينه حلف المدعى لانه

المنكر للأداء» و لا معنى لإقامتها على نفى ما تثبته اليمين المردوده التى جعلت لخصم النزاع بينهما، اذن يجوز أن تقام البينه فى مقابل اليمين المردوده لو اختلف مدلولاهما-كما ذكرنا.

و حينئذ نبحث عن مقتضى الأدله أو الأصول فيما إذا أقام المنكر البينه بعد يمين المدعى مثلا، فان شملت إطلاقات أدله البينه هذه البينه فهو و الا فيرجع الى الأصل من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. فالحاصل أنه لا وجه للحصر المذكور، و حينئذ نقيد أدله البينه على المدعى و اليمين على من أنكر بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعى فهى عليه لا على المنكر.

ثم ان أثر اليمين المردوده يتوقف ترتبه على حكم الحاكم، فهى من مقدمات الحكم، و الذى يثبت الحق هو الحكم و به تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع كما ذكرنا سابقا، فيكون معنى قوله عليه السلام-فى مرسله أبان-: «. أن يحلف و يأخذ ماله» انه يحلف و يحكم الحاكم و يأخذ ماله.

قال المحقق: «و لو نكل سقطت دعواه» .

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردوده فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز اعاده الدعوى فى ذلك المجلس، و فى إعادتها فى مجلس آخر قولان، و فى المسالك:

ان كان ترك اليمين لسبب وجيه و عذر مقبول أمهل و الا كان ناكلا تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الاخبار تعرض للنكول، بل فيها: «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فان قال فى المجلس «لا أحلف» مثلا فقد أبى أن يحلف، و لا يبقى له حق، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى و لا تسمع بعدئذ، و ان لم يحكم الحاكم لم تسقط و بقيت و جازت المطالبه بالحق و لكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، و أما الإمهال فإن كان لجهه عقلائيه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك و الا فلا وجه لامهال الحاكم إياه، و هذه المهله- أى مقدار طالت-فقد أخر إحقاق حقه بنفسه و لا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

و هذا العذر الموجه لا بد أن يكون له أمد اما عرفا و اما بتحديد من الحاكم.

و أما إذا رد اليمين على المدعى فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف، فان كان المنكر متيقنا قيل له: احلف، و ان كان هو أيضا ظانا أو شاكا كالمدعى بقيت الدعوى و رجع الحاكم إلى الأصول العمليه و أفتى فى المسأله بما أدى اليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: «و ان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد، قال الحاكم: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا.» .

أقول: المراد من قوله: «و الا جعلتك ناكلا» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى، و ان رد

اليمين على المـدعى فـان نكـل المـدعى سـقطت الـدعوى كـذلك، و ان نكـل المنكر فلم يحلـف و لم يرد قـال المحقـق: «قـال الحاكم.» ثم قال: «و يكرر ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا» و لم يقم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم الا أن يقوم إجماع على ما ذكره «قده» .

قال: «فإن أصر قيل يقضى عليه بالنكول، و قيل: يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط» .

أقول: ان أصـر المنكر على النكول ففيه قولاـن: أحـدهما يقضـى عليه بـالنكول، قـال به جماعه من المتقـدمين، و الأخر: يقول له الحاكم: رد اليمين على المدعى، فان رد و حلف ثبت حقه و ان امتنع المدعى عنه سقط حقه، و هو قول جماعه من الأصحاب.

قال المحقق: «و الأول أظهر و هو المروى» .

لقد اسـتدل للقول الأول بأخبار منها: قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» فقد فصل «ص» بين المـدعى و المنكر، فجعل البينه وظيفه للمدعى و اليمين وظيفه للمنكر و التفصـيل قاطع للشـركه، أى: انهما ليسا شـريكين فى البينه و اليمين بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، و أما «رد اليمين» فمن الاحكام الطارئه، مثلا: حقيقه الصلاه منوطه بتحقق أجزائها و شـرائطها المحققه لها و المذكوره أولا و بالذات، و أما ركعه الاحتياط مثلا فمن الأمور الطاريه عليها، . و حينئذ لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، و أما إذا

لم يردها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، و أما القول بأنه متى سكت رد الحاكم اليمين على المدعى ولايه أو حمل المنكر على الحلف فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين.

و بعباره أخرى: مقتضى الدليل الاولى الحكم بنكوله إذا لم يحلف، و ان رد كان أمرا طارئا و اقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه و هو الرد، و أما إذا لم يحلف و لم يرد بقى الدليل الأول على مقتضاه و هو الحكم بنكوله.

و منها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه؟ فقال: ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه فقال أمير المؤمنين «ع» : الحمد للّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمه جميع ما تحتاج اليه، ثم قال:

ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه الى السماء و أشار أنه كتاب اللّه عز و جل، ثم قال: ايتونى بوليه، فأتى بأخ له فأقعده الى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك و بينه، انه على، فتقدم اليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين «ع» : و اللّه الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانيه ان فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق

و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (۱) .

فان الظاهر منها أن الامام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، و ذلك يقتضى أنه قد امتنع عن رد اليمين على المدعى، للاتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد. و ما أشكل عليه فى الجواهر: بالقطع بعدم اراده هذا الظاهر ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضا فلا بد فى إصلاحه حينئذ من تقدير، و التزام كونه موافقا لذلك ليس بأولى من جعله مخالفا له. ضعيف لانه لو رد لحكم الامام عليه السلام على المدعى باليمين قطعا و لحكى الامام الصادق عليه السلام ذلك البته، إذ لا وجه لحكايه بعض الواقعه و ترك البعض الأخر مع كونه محتاجا اليه، لكن لا مانع من عدم حكايه ما هو المحرز منها و هو ما ذكرنا من عدم رده اليمين على المدعى، بل ان حكم الامام عليه السلام بأداء الحق قرينه على ذلك.

و أما قوله: على أنه قضيه فى واقعه لا عموم فيها. ففيه أن الامام الصادق عليه السلام قد ذكر القضيه فى جواب السؤال عن كيفيه إحلاف الأخرس حينئذ مستشهدا و مستدلا بها و لم يكن ذلك منه مجرد حكايه لها حتى لا يكون لها عموم.

فتحصل أن الروايه تدل على كفايه عدم رده-مع علمه بأن له

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۲۲. باب كيفيه إحلاف الأخرس. الباب ۳۳ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

ذلک-للحکم علیه بدفع حق المدعی، و لا یلزم أمره بالرد ثم الحکم بذلک ان امتنع عن الرد.

و منها: روایه عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه (۱)) المتقدمه سابقا.

فهذا الخبر یدل بظاهره صدرا و ذیلا-علی روایه الشیخ الکلینی «قده» و ذیلا علی روایه الشیخ الصدوق «قده» فی الفقیه- علی القول الأول، لأن حاصل القدر المتفق علی روایته: أن المدعی علیه ان حلف سقطت الدعوی، و ان لم یحلف فعلیه الحق الا أن یرد-هو أو الحاکم من قبله-الیمین علی المدعی-و لا یحکم علی المدعی علیه بامتناعه عن الیمین-فان حلف المدعی ثبت حقه و الا سقطت الدعوی.

ثم ان الجواب عن دعوی الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للتزلزل فیه. هو أن التزلزل یکون فی حال اختلاف متن الخبر فی الکتاب الواحد، و أما هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ یختلف عن لفظ الکلینی «قده» ، و قد تقرر عندهم أن الشیخ الکلینی أضبط من غیره (۱)) ، مع أن المحتمل تعدد نفس الروایه، و محل الاستدلال روایه الکلینی، و مع التنزل فان الذیل الذی اتفقا علیه ظاهر فی الدلاله علی القول الأول.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۲.

و لیس مخالفه ما تدل علیه روایه الفقیه لفتوی أبی حنیفه مرجحه، لأن الترجیح بمخالفه العامه هو فی الخبرین المتعارضین حکما لا المختلفین زیاده و نقصانا.

و احتمال تقدیر جمله، بأن یقال: فان لم یحلف-أی المدعی علیه-ورد الیمین علی المدعی فحلف-فعلیه. ضعیف جدا.

هذا، و قد تلقی الأصحاب هذا الخبر بالقبول و أفتوا علی طبقه فی لزوم ضم الیمین إلی البینه فی الدعوی علی المیت-و لا دلیل لهم غیره-و هذا جابر لضعف سنده.

ثم ان صاحب الجواهر بعد أن ذکر أدله الطرفین قال: «و بذلک کله ظهر لک أن أدله الطرفین محل نظر. نعم قد یقال: انه بعد فرض الإجماع المرکب علی انحصار القضاء فی الفرض بأحد الأمرین و ان اختیار أمر ثالث. خرق للإجماع المزبور یتجه القول حینئذ انه یرد الیمین منه علی المدعی، لأصاله عدم ثبوت الحق بدونه و لظهور حصر استخراج الحقوق فی مضمر یونس بالأربعه، و مجرد النکول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفیضه أو المتواتره الداله علی انحصار کیفیه القضاء بین الناس بالبینات و الایمان تقتضی ذلک.» .

ص:۳۲۴

أقول: أما الإجماع المركب فمنتف هنا، و أما أصاله عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعى فمعارضه بأصاله عدم وجوب رد اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهه نكوله فالحق ثابت، و ان كان الحكم مترتبا على اليمين أو الرد فلا يحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لا مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعا و فى الثانيه غير حاصل قطعا و حيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما لا يجرى الاستصحاب أبدا، الا أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضا معارض بأصاله عدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالرد على الحاكم.

و الحاصل: انه لو افترقت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، و قالت أخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعى-أو يردها هو من قبله-فان حلف حكم بثبوت الحق و الا حكم بسقوطه، فان كان القولان متباينين-نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه و قالت الأخرى بحرمتها-فلا مجال للاستدلال لأحد القولين بالأصل، و ان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول إحداهما بوجوب السوره فى الصلاه و تقول الأخرى بعدم وجوبها

مع اتفاقهما على اجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره لعدم الشک فی اجزاء الصلاه الواجده لها.

و على هـذا فان كان مقتضـى القول بكفايه النكول عدم لزوم الرد على المدعى مع عدم المنع عنه، و مقتضـى القول الأخر لزومه بعـد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببـذل المدعى اليمين المردوده و نفوذ الحكم بذلک قطعا فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاريه كما فى الجواهر.

هذا، فان رد اليمين على المدعى فنكل فقولان كذلک، و هنا أيضا يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصـل الـذى ذكره فى الجواهر يجرى فى حـال قبول الطرفين لترتب الأثر على رد اليمين على المـدعى مع عـدم وجود قول ثالث فى البين.

و أما اسـتدلاله بظهور حصـر اسـتخراج الحقوق فى مضـمر يونس بالأربعه. ففيه نظر، إذ الروايه فى مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقا و الا فإن إقرار المدعى عليه مثلا من أسباب ثبوت حق المدعى و ليس له ذكر فى الروايه.

و أمـا قوله: بـل لعل النصوص المسـتفيضه. ففيه: أن الأمر يـدور بين تخصـيص دليل وجوب البينه على المـدعى بأن نقول: إلا فى حال رد المنكر اليمين عليه، و بين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردها على المدعى فحينئذ تجب

على المـدعى لا المنكر، لكنا ذكرنا سابقا بأن اليمين توجب الاطمئنان نوعا بصدق الحالف و ان الامتناع منها يكشف-نوعا- عن الكذب، فهى مؤثره وجودا و عدما، فميزان القضاء هو بينه المدعى و يمين المنكر أو نكوله عن اليمين.

لو بذل اليمين بعد النكول:

و كيف كان فقد قال المحقق: «و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» .

أقول: لو بـذل المنكر يمينه فان كان بـذله لها بعـد حكم الحاكم بنكوله فلا ريب فى عدم الالتفات إليها، و هو المشـهور بل عليه الأـكثر بـل ادعى عليه الإجمـاع، لأـن الحكم قـد فصل الخصومه و قطع النزاع و لا يجوز نقضه، و ان كان بـذله قبل الحكم و بعد النكول فكـذلك، لاـن النكول حينئـذ كـاليمين و الإقرار و البينه فى تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبـذل اليمين- بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المـدعى-و لا يلتفت اليه، انما الكلام فى كيفيه تحقق النكول، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم:

ان حلفت و الاـ جعلتـك ناكلا و يكرر ذلك ثلاثا، و اكتفى صاحب الرياض بالمره الواحـده، و عن كاشف اللثام انه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا و لا مره، و هو الأظهر.

و أما بناء على القول الثانى من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحكم، فان حلف المدعى لم يلتفت اليه كذلك لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق الى المدعى و بذلك ينقطع النزاع.

قال فى الجواهر: ان أدله القولين لا يعارضـها إطلاق ما دل على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، قال: بل فى الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المدعى برد اليمين عليه و لو من الحاكم. قلت: و أما بناء على ما ذكرنا من أن ما دل على ذلك ظاهر فى تأثير اليمين وجودا و عدما و أنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول و يحكم عليه بالحق، فلا تصل النوبه إلى الإطلاق و التقييد أو دعوى الانصراف.

و فى الرياض: هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه و لو مره و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففى نفوذ القضاء اشكال: من تفريطه و ظهور عذره، و لعل الثانى أظهر و بالأصل أوفق.

و أشكل عليه فى الجواهر بأنه: ليس فى شيء مما وصل إلينا من الأدله وجوب العرض عليه بمعنى اعلامه حكم النكول و الأصل البراءه، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فان الحكم نافذ و الأصل براءه ذمه الحاكم عن وجوب الاعلام، لكن تمسك صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحكم و نفوذه الثابت

قبل البذل لو شک فی بقائه بعده، مخدوش بأن المتیقن تأثیر الیمین أو الرد شرعا قبل صدور الحکم، و بعد الحکم حیث یشک فی بقاء التأثیر و عدمه فیستصحب فیقع التعارض بین الاستصحابین.

و لو بذل المنکر یمینه قبل حلف المدعی الیمین المردوده- قال فی الجواهر-فالمتجه جوازه للأصل، من غیر فرق بین کون الرد منه أو من الحاکم، أی: ان الرد وحده لیس موضوع الحکم الشرعی بل هو الرد و یمین المدعی بعد، فإن أظهر استعداده للیمین قبل حلف المدعی فقد حصل ذلک قبل تحقق موضوع الحکم الشرعی، فلذا یلتفت الیه.

و لو بذلها بعد حلف المدعی الیمین المردوده و قبل حکم الحاکم فقولان، من أن الفاصل للنزاع هو الحکم فما لم یحکم الحاکم یجوز بذله و یلتفت الیه، و من أنه لما حصل سبب الحکم و موجبه فقد قامت الحجه التامه للحاکم لان یحکم علی طبقها فیجب علیه إصدار الحکم لا أن ینتظر قیام سبب آخر علی خلاف السبب القائم. نظیر الإقرار، فلو أقر المنکر بما یدعیه المدعی ثبت الحق و لزم الحکم بذلک، فلو رجع عن إقراره لا یلتفت الیه و ان کان قبل الحکم.

هل یأمر الحاکم المدعی بإحضار البینه؟

قال المحقق: «و لو کان للمدعی بینه لم یقل الحاکم أحضرها لأنه حق له» .

ص:۳۲۹

أقول: هـذا شـروع فيما يتعلق بالمـدعى من الاحكام، و ظاهر «لم يقل» عـدم الجواز، و يشـهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول «و قيل: يجوز» . و وجه عـدم الجواز: ان الحق للمـدعى و ليس للحاكم إجباره على إقامه البينه لاحقاق حقه. و لكن هـذا الـدليل هو بالنظر الى القاعـده الكليه فى الحقوق، فالقاعـده العامه فيها هى أن من كان ذا حق على أحد لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، و أن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر و ان كان له بينه على ما يدعيه.

فهـذا الـدليل يفيـد الحكم بعـدم جواز الإلزام و لا ـ يقتضـى حرمه أن يقول له «أحضـرها» من بـاب الإرشاد و التنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقا، و الجواز مطلقا، و التفصـيل المذكور، و قيل: يجوز ان كان الغرض تعليمه المسأله.

و الظاهر أنه ان كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

هـذا بحسب القواعـد الكليه، و أما بالنسـبه إلى مورد المخاصـمه فهل مـدلول الأخبار الداله على أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر هو أن اليمين على من أنكر ان لم يكن للمـدعى بينه أو لا ـ بل يجوز إحلاف المنكر و ان كانت البينه حاضـره؟ فى الوسائل «باب أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر.» (۱) و النصوص الداله على ذلك كثيره، ففى خبر محمد

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

ابن مسلم: «فی الرجل یدعی و لا بینه له قال: یستحلفه.» .

فهـذا الخبر وارد فی مورد عـدم وجود البینه، فله استحلافه حینئـذ، فالظاهر هو الوجه الأول و أن میزان المرافعه هو إقامه المدعی البینه فان لم یکن عنده بینه فله استحلافه فان رد الیمین علی المدعی فحلف ثبتت الدعوی و ان نکل سقطت. و ان وظیفه الحاکم هو الحکم بحسب هذا المیزان.

و فی خبر عبید بن زراره: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لا بینه للمدعی. قال: یستحلف أو یرد الیمین علی صاحب الحق» .

و فی خبر: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه. بشهاده رجلین عدلین.» .

و فی مرسله أبان: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لیس لصاحب الحق بینه. قال: یستحلف المدعی علیه.» .

فمفاد هذه النصوص (۱) و غیرها أن میزان المرافعه عند الشرع ذلک، فکیف نرفع الید عنها و نقول: ان اقامه البینه حق للمدعی و له رفع الید عن حقه؟ و یؤید ذلک أنا لم نجد خبرا یتضمن یمین المنکر أو استحلافه مع وجود البینه.

قال: «و قیل: یجوز و هو حسن» .

أقول: أی: یجوز الإلزام بناء علی ما ذکرنا فی معنی «لم یقل» . لکن القول بجواز الإلزام غیر تام.

۱- ۱) و هی فی الباب المذکور من وسائل الشیعه.

بعض أحكام البينه:

لو كان للمدعى بينه فهنا ثلاثه أحكام، الأول ما تقدم من قول المحقق «لم يقل الحاكم أحضرها» .

و الحكم ثانى قول المحقق: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» .

و الحكم الثالث قوله: «و مع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا» .

و الدليل على هذه الأحكام الثلاثه قول المحقق فى ذيل الأول:

«لأن الحق له» أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله ألا يحضر البينه و ان لا تدلى بشهادتها مع حضورها و ألا يحكم الحاكم فى القضيه بعد إقامتها بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فإن حلف كان له الانصراف عن حقه و ان امتنع أو رد اليمين على المدعى فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

و كيف كان فإنه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، و هو أن للمدعى أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده و قبل حكم الحاكم له، الا أنا ذكرنا سابقا أن المنسبق من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» بضميمه أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» انه لو كان للمدعى بينه على دعواه لا تصل النوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو و ان كان له الانصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين اقامه

البينه و بین المطالبه بیمین المنکر حقا له فغیر معلوم، بل لا یبعد أن یکون من جمله الأحکام المقرره لمجلس القضاء و فصل الخصومه أن یطالب الحاکم المدعی بإقامه البینه، فان لم تکن عنده فیطالب المنکر بالیمین، فلیس تخییر المدعی بین الأمرین حقا له، کما أنه لیس من حقوق الحاکم أن یطلب من المنکر الیمین مع وجود بینه المدعی خلافا لمن قال بذلک.

هذا، و لکن ظاهر بعض الاخبار کروایه ابن أبی یعفور هو تخییر المدعی فی ذلک، فقد جاء فیها: «إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت: و ان کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسین قسامه ما کان له و کانت الیمین قد أبطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه» (۱) .

فهی ظاهره فی وجدانه البینه قبل رضاه بیمین المنکر، الا أنها غیر ظاهره فی کون ذلک بعد إقامه البینه و قبل الحکم.

و المستفاد من روایه أبی العباس: «إذا أقام الرجل البینه علی حقه فلیس علیه یمین» (۲) انه لا أثر لرد الیمین بعد إقامه البینه بل یحکم الحاکم له.

و فی روایه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۹. الباب-۹ من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۸. الباب-۸ من أبواب کیفیه الحکم.

عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (۱) .

فـان کـان «يستحلف» مبنيـا للمعلوم کـان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر، و ان كان مبنيا للمجهول كان المعنى انه مع إقامه البينه على حقه لا يستحلف المدعى مع البينه، و الثانى هو الظاهر.

و فی روایه القاسم بن سليمان عن عبيـد بن زراره: «فی الرجل يـدعى عليه الحق و لا بينه للمـدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحبه فان لم يفعل فلا حق له» (۲) .

و فی روایه يونس: «فـان لم يكن شاهـد فـاليمين على المـدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المـدعى فهى واجبه عليه أن يحلف» (۳) فان مفهومها أنه ان كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: ان له المطالبه بيمين المنكر مع وجود البينه بمقتضى روايه ابن أبى يعفور، و أما أن يفعل ذلك بعد إقامه الشهاده فلا دليل عليه، بل مقتضى أدله الحكم مثل «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۴) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب كيفيه الحكم. و «القاسم بن سليمان» من رجال كامل الزيارات.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. و هى مضمره.

۴- ۴) سوره ص:۲۶.

و ظاهر عباره الجواهر أخيرا هو اختيار هذا الوجه حيث قال:

«لكن قد يقال: ان له الحكم و ان لم يسأله المدعى لان ذلك منصبه و وظيفته.» .

فـان كـان المـدعى جاهلاـ أو غافلاـ عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كى يأذن بحكمه فيحكم أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم؟ وجهان.

ثم ان التمس المدعى سؤال الحاكم البينه فهل للحاكم أن يأمرها بالشهاده أو ليس له ذلك؟ ذهب الى الثانى جماعه و قالوا:

له أن يقول: من كان عنده شـهاده فلا يكتمها، لأن الأمر بالشـهاده قد يوهم الأدلاء بالشهاده و ان لم تكن عن علم، و لكن هذا لا يمكن المساعـده عليه إذ لاـ يكون معنى الأـمر بالشـهاده مـا ذكروا و لا يتوهمه أحـد، بل ان عليه أن يأمرهما بالشـهاده لو احتمل كتمانها من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فالحق هو القول الأول.

حكم جرح المدعى عليه البينه:

قال المحقق «قده» : «و بعد أن يعرف عداله البينه يقول: هل عندك جرح؟ .» .

أقول: و كيف كان فإن أقيمت الشهاده و عرف الحاكم عداله البينه فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم و سأل الانظار فى إثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثه أيام، و ان قال: لا،

حكم للمـدعى. لكن فى الروايه (۱) إمهاله أمـدا-يحضـر فيه الجارح، بل هو مقتضـى أدله القضاء. و لعله لذا احتمل فى كشـف اللثام تنزيل إطلاق العباره على ما إذا لم يـدع بعـد مسافه البينه بحيث لا تحضـر فى ثلاثه أيام، و اعترض عليه فى الجواهر و وجه العبـاره بـأن التأخير ثلاثه أيام لقاعـده لا ضـرر و لا ضـرار، الا أنه كلام لا يمكن قبوله لان الخصم على حجته فمتى أثبت الجرح بطـل الحكم و سـقطت الـدعوى، فلو انقضت الثلاـثه أيام و أثبت الجرح كشف عن بطلان الشـهاده و أن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشـرعيه، أى: ان العـداله المعتبره فى الشاهد هى نظير العداله المعتبره فى شاهد الطلاق لا العداله المعتبره فى إمام الجماعه.

و يحتمل أن وجه تحديد الأصحاب الأمد بثلاثه أيام هو أن المستفاد من الروايه كون الأمر بيد الحاكم، و حينئذ فمقتضى الحكم بالحق و العدل هو الانظار ثلاثه أيام لا انه يكون ذلك بلحاظ قاعده لا حرج.

قال: «فان تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعى» .

أقول: ان تعـذر الجرح مده الانظار-و هى ثلاثه أيام-أو الأمد الذى يمكن إتيان البينه فيه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد حكم عليه الحاكم بعد سؤال المدعى ذلك عند المحقق.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۵۵. الباب-۱ من أبواب آداب القاضى.

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق «قده» : «و لا يستحلف المدعى مع البينه الا أن تكون الشهاده على ميت.» .

أقول: فى هذا الفرع حكمان «الأول» : انه لا يستحلف المدعى مع البينه، و الدليل على ذلك الإجماع المدعى، مضافا الى النصوص الوارده فيه، مثل خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (1) .

و خبر أبى العباس عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له» (2) .

لكن فى الخبر فى وصيه أمير المؤمنين عليه السلام لشريح:

«ورد اليمين على المدعى مع بينته فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» (3) و لكنه ليس بحجه لضعفه، و لم يأخذ به أحد من الأصحاب فضعفه غير منجبر، و قد حمل على بعض الوجوه، و لكن الاولى فى

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-١٧٧. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) وسائل الشيعه:١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٣- ٣) وسائل الشيعه:١٨-١٥٥.

الجواب عنه ما ذكر، و بالجمله فالحكم فی الفرع الأول خال عن الاشكال.

«الحکم الثانی» : لو كـانت الشـهاده على ميت اسـتحلف المـدعى على بقـاء حقه فی ذمه الميت اسـتظهارا، قـال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كما اعترف به غير واحد، و العمده فی الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

مـا رواه عبـد الرحمن بن أبی عبـد اللّه قال: «قلت للشـيخ: خبرنی عن الرجل يـدعی قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فيمين المـدعى عليه فان حلف فلا حق له، و ان رد اليمين على المدعی فلم يحلف فلا حق له (و ان لم يحلف فعليه)و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه، فعلى المدعی اليمين باللّه الذی لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه و الا فلا حق له، لأنا لا نـدری لعله قـد أوفاه ببينه لا نعلم موضـعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادعی بلا بينه فلا حق له، لان المدعى عليه ليس بحی، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (۱) .

و بالجمله فلا إشكال فی أصل الحكمين المذكورين، انما الكلام فی جهات:

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۲. الباب-۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوی.

(الاولى): هل البينه فى الدعوى على الميت ساقطه عن الحجيه إلا إذا ضم إليها اليمين أو أنها باقيه على حجيتها و لكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهه أن المدعى عليه لو كان حيا و ادعى وفاء الدين و أنكر هو ذلك لوجبت عليه اليمين؟ و ثمره هذا البحث واضحه، إذ على الأول لا حجيه للبينه بدون اليمين مطلقا، و أما على الثانى فيترتب الأثر على البينه لو كان معذورا عن اليمين.

(الثانيه): هل يمكن التعدى عن مورد السؤال فى النصوص الى غيره أو لا؟ للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء الى احتمال الإبراء أو الوفاء بواسطه غيره فى حياته أو بواسطه وصيه بعد موته.

و كالتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه.

و كالتعدى عن الدين الى العين.

و كالتعدى عن البينه إلى الشاهد الواحد و اليمين.

(الثالثه): أنه بناء على عدم التعدى عن مورد النص الى الموارد المذكوره، فلو ادعى عينا على ميت فهل تسمع دعواه و تكفى البينه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلا؟ و بناء على التعدى و الإلحاق فهل تسمع دعواه لو كان معذورا عن اليمين و يكتفى لإثباتها بالبينه أو هى حينئذ ساقطه؟

ص:٣٣٩

(الرابعه): هل الوجوه و الاحتمالات التی یذکرها الامام علیه السلام فی جواب عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه تقتضی قصور حجیه البینه فی الدعوی علی المیت؟ .

أقول: ان التعدی و الخروج عن مورد النص الی الموارد الأخری یحتاج الی القطع بملاک الحکم الوارد فی النص و وجود ذلک الملاک بالقطع و الیقین فی غیره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعله الحکم بمناسبه الحکم و الموضوع فیحکم به فی کل موضوع وجدت فیه تلک العله، و أما تعدیه الحکم من موضوع الی آخر من باب «حکم الامتثال فیما یجوز و فیما لا یجوز واحد» فهو قیاس باطل و أما تنقیح المناط فالمعتبر منه القطعی و تحصیله مشکل.

فالمتعین هو الاستظهار من النصوص و الدقه فیها للوصول إلی أحکام الفروع المشار إلیها فی الجهات المذکوره.

ففی خبر عبد الرحمن: «. فان کان المطلوب بالحق قد مات فأقیمت علیه البینه فعلی المدعی الیمین باللّه الذی لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعلیه فإن حلف و الا فلا حق له لأنا لا ندری لعله قد وفاه ببینه لا نعلم موضعها أو بغیر بینه قبل الموت، فمن ثم صارت علیه الیمین مع البینه، فإن ادعی و لا بینه فلا حق له لان المدعی علیه لیس بحی و لو کان حیا لألزم الیمین أو الحق أو یرد الیمین علیه فمن ثم لم یثبت له علیه الحق» .

و هو ظاهر فی أن یکون المدعی نفس صاحب الحق لا ولیه أو وارثه أو وصیه. اللهم الا أن یقال بأن ما ذکره الامام علیه السلام فیه هو علی سبیل التمثیل و لکنه مشکل. و أما دعوی الإطلاق فی «المطلوب بالحق» فمشکل أیضا لا سیما بالنظر الی ما جاء بعده من قوله: «فعلی المدعی الیمین. و ان حقه لعلیه» .

و کذا التمسک لذلک بالتعلیل المذکور فی الخبر، و هو قوله علیه السلام «لأنا لا ندری لعله قد وفاه ببینه لا نعلم موضعها.» بأن نقول بأنه فی کل مورد لا ـ ندری لعل المدعی علیه قد وفی ما للمدعی ببینه کذلک وجبت الیمین لإثبات الحق، سواء کان الحالف المدعی نفسه أو ولیه أو وصیه أو وارثه، لاحتمال کون هذا الکلام تعلیلا للحکم بوجوب الیمین علی المدعی نفسه. نعم لا مانع من التمسک به للتعدی عن الدین الی العین، و عن الوفاء إلی الإبراء و نحوه.

و بالجمله لا نتمکن أن نستفید من هذه الروایه جواز حلف الولی أو الوصی أو الوارث مثلا بدلا من المدعی، کما أنه لیس عندنا دلیل یدل علی جواز یمین أحد بدلا عن غیره، بل من المسلم به أن الیمین حجه للحالف فقط و لا أثر لیمین غیر ذی الحق و ان کان ولیه و کان عالما بالواقع، و سیأتی وجهه فی محله ان شاء اللّه تعالی.

و هل یتعدی الحکم من المیت إلی الغائب و الطفل و المجنون؟ قولان ذکرهما الشهید الثانی «قده» فی المسالک و اختار العدم تبعا للمحقق و خلافا للأکثر.

و كيف كان فعلى التعدى لا حجيه للبينه إلا بضم اليمين إليها، و كذا فى الموارد التى لا يتمكن المدعى من اليمين لأنها حقه و لا يتولاه غيره، و قال جماعه بأنه ان وجب الجمود فى كيفيه اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، و أما ان كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف-كما هو ظاهر الخبر الأخر-فلا مانع من يمين الولى مثلا حيث يقيم الدعوى بدلا عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف باللّه الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حق هذا الطفل لعليه، ان كان عالما بذلك، و الا لم يحلف، فان ادعى وارث الميت على الولى العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه كان له أن يحلف على نفى العلم بذلك.

و لو فرض كون الولى عالما بأداء الميت حق الطفل لم يجز له المطالبه بشىء، و لكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبه بحقه عند كبره.

هذا كله بناء على القول بسقوط البينه عن الحجيه ما لم تضم إليها اليمين و ان كان المدعى غير متمكن منها، الا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه و يحكم له بها.

ثم ان صاحب الجواهر «قده» لما كان يميل الى القول بالتعدى بالنسبه الى بعض الموارد اعترض على معاصره القائل بكفايه البينه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر-لان الدليل انما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى فيبقى ما عداه على الأصل و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفى العلم-بأن ظاهر الفتوى

و النص خصوصا الصحيح كون ذلک-أی البینه مع الیمین-هو الحجه علی المیت، فیتجه حینئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من «الصحیح» هو صحیحه الصفار: «کتب محمد بن الحسن الصفار الی أبی محمد الحسن بن علی علیه السلام هل تقبل شهاده الوصی للمیت بدین له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع علیه السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلی المدعی یمین. و کتب: أ یجوز للوصی أن یشهد لوارث المیت صغیرا أو کبیرا و هو القابض للصغیر و لیس للکبیر بقابض؟ فوقع علیه السلام: نعم، و ینبغی للوصی أن یشهد بالحق و لا یکتم الشهاده. و کتب: أو تقبل شهاده الوصی علی المیت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع علیه السلام نعم من بعد یمین» (۱) .

ثم قال قدس سره «الا أنه کما تری مناف لمذاق الفقه، فقد یقال ان للوارث الحلف علی مقتضی الاستصحاب کما یحلف علی مقتضی الید. لکن هو-مع أنه کما تری أیضا خصوصا إذا کان المستصحب غیر معلوم له و انما شهدت به البینه-لا یتم فی الوصی الذی لا یجوز حلفه لإثبات مال الغیر، اللهم الا أن یقال به هنا باعتبار أنه لیس مثبتا، بل هو شرط فی حجیه البینه التی هی فی الحقیقه المثبته، أو یقال بالاکتفاء بیمین الوارث مع البینه فی إثبات مفادها الذی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۲۷۳. الباب-۲۸ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا و الإرث، لأنها من الحجه المثبته للموضوع فى نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثه بل يكفى يمين واحده من أحدهم، لان مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده فى تماميه حجيه البينه التى قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و ان أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع و ان كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش فى قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء و الإبراء و نحوهما، و لا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولا، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشىء منها» .

قلت: لكن الشك فى ثبوت الحق و عدمه مسبب عن الشك فى تخصيص أدله حجيه البينه زائدا على القدر المتيقن، و قد تقرر فى محله جريان الأصل فى السبب، فلو أريد الرجوع الى الأصل فى هذا المقام كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حجيه البينه، و يكون الحاصل حجيتها فى المورد من غير توقف على ضم اليمين إليها.

ثم قال رحمه اللّه: «نعم قد يقال-بعد استبعاد سقوط الحق

مع البينه العادله خصوصا مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه و لو بالسيره القطعيه، و استبعاد سقوط اليمين فی الدعوی علی المیت مع ظهور النص و الفتوی فیه-ان المتجه إلزام الوارث باليمين على نفى العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه.

لكن فيه: أن اليمين على نفى العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثرا، و هنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك و ثبوت الحق، و المفروض أن هذه اليمين هى للاستظهار، و حيث لا أثر لهذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص و لو بالسيره القطعيه، فلا بد من الأخذ بالبينه.

و من فروع المقام ما ذكره فى المسالك بقوله: «لو أقر له قبل الموت بمده لا يمكن فيها الاستيفاء عاده ففى ضم اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع و قيام الاحتمال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت، و من البناء على الأصل و الظاهر من بقاء الحق. و هذا أقوى» .

قلت: و الصحيح هو الوجه الثانى، و أما ما أورد عليه فى الجواهر من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفار ففيه أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه حيث قال عليه السلام: «لأنا لا ندرى لعله قد وفاه.» يقيد إطلاق صحيح الصفار فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. و مما ذكرنا يظهر

الإشكال فى قوله بعد ذلك «مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لانه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

قال: ثم ان ظاهر قوله: «و قبضه من ماله و لو بعد الموت» مراعاه نفى الاحتمال بعد الموت أيضا، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور اعتبار نفيه الى حين الموت دون ما بعده» . أقول:

لكن مقتضى التعليل فى الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام البينه على الغائب و الصبى و المجنون:

قال المحقق «قده» : «و لو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى البينه تردد، أشبهه أنه لا- يمين و يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال» .

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب الى المدعى، و هذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه البينه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحجه على الحكم و تماميه الحكم من قبل الحاكم يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال لأن الغائب على حجته، فلو حضر و ظهر براءه ذمته من الحق المدعى استرجع المال المأخوذ منه اليه. و هل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟ ان الضمان المصطلح فى الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن و يكون هو المطالب

بالحق فی حال عدم وفاء المدین بالحق، لکن یشکل أن یکون المراد من التکفیل هنا هذا المعنی لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض- فلا معنی لان یضمنه غیره لانه من قبیل ضمان ما لم یجب و هو باطل- و ان لم یکن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، و أما العین فان ضمانها یکون بنحو التعهد لأخذها و ردها الی صاحبها. و حینئذ یقع الشک فی هذا المورد لانه-لما یدعی المدعی الحق علی الغائب و یقیم البینه علی ذلک و یحکم الحاکم له و یدفع الیه من مال الغائب بقدر الحق بعد تکفیل القابض بالمال لما ذکرنا-یشک فی أنه هل یصح ضمان الدین المشکوک. و بعباره أخری: هل یصح أن یضمن الحق علی تقدیر ثبوته؟ هذا فی غیر ما نحن فیه مشکل، لکن لما لم یکن ما نحن فیه من قبیل ضمان ما لم یجب أمکن الضمان فیه علی تقدیر، نعم یبقی فیه اشکال أن الإنشائیات یشترط فیها التنجیز و لا یصح التعلیق، الا أن یدفع بأن التعلیق هو فی المنشأ لا فی الإنشاء.

هذا، و لا حاجه الی ذکر دلیل علی جواز دفع الحاکم من مال الغائب الی المدعی لوضوح أن ذلک هو الأثر المترتب قهرا علی البینه و حکم الحاکم بالحق، و أما التکفیل فدلیل القول به هو النص و الا لم تکن حاجه إلیه بعد ثبوت أن الغائب علی حجته و أنه یسترجع ما له فیما إذا حضر و ثبت براءه ذمته، و النص المشار الیه هو:

ما رواه الشیخ بإسناده عن أبی القاسم جعفر بن محمد عن

جعفر بن محمد بن إبراهيم عن عبد اللّه بن نهيك عن ابن أبى عمير عن جميل بن دراج عن جماعه من أصحابنا عنهما عليهما السلام:

«الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء» . و يمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن فى الجواهر أنه لم يعثر على قائل به، و لعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العباره نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم، و كذا قولهم: يشترط اذن العلماء فى كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

قال فى الوسائل: و عنه عن أبيه عن سعد بن عبد اللّه عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبى عمير عن جميل مثله ((۱)) .

و نحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: «إذا لم يكن مليا» (۱)) فإنه ظاهر فى تكفيل القابض إذا لم يكن مليا، و أما إذا كان مليا فلا يجب، و لعل وجه ذلك أنه ان كان

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۶. الباب-۲۶ من أبواب كيفيه الحكم.

فقيرا و لم يؤخذ كفيل ضاع حق الغائب على تقدير براءه ذمته، لان المفروض إفلاس المدعى و المفلس فى أمان اللّه. و من هذه الروايه يعلم أيضا أن المـدعى يكفل من جهه المال الـذى يأخـذه لا من جهه شـخصه، و لذا لو أقام المدعى عليه البينه على براءه ذمته أخذ الحاكم حقه و أرجعه اليه و ان لم يكن المدعى حاضرا.

هـذا، و ليس فى الروايـات ذكر لليمين، و من هنـا يتوجه القول بعـدم لزومها هنا. و لو سـلم عموم التعليل فى روايه الـدعوى على الميت الـداله على لزوم اليمين فى تلـك الصوره لمـا نحن فيه كانت روايات هـذا المقام مخصـصه لتلك الروايه و تكون النتيجه لزوم اليمين فى كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهه أداء حق المدعى الا الغائب فلا يلزم فى الدعوى عليه ضم اليمين إلى البينه. الا أن يقال بلزومها هنا أيضا من جهه أنه لا منافاه بين اشتراط اليمين هناك و اشتراط الكفيل هنا و عـدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومهـا، بـل ان المراد من الـبينه هو البينه مع اليمين، و لكن هـذا الاحتمـال خلاـف الظـاهر، لاـن ظـاهر الأـدله كفـايه البينه بوحدها.

هذا، و جميل من أصحاب الإجماع و الروايه معمول بها عند الأصحاب فلا يقدح إرسالها فى حجيتها (۱)) .

ثم ان صاحب المسالک قال فی شرح عباره المحقق «قده» :

و انما اعتبر المصنف الکفیل لانه لم یوجب علیه الیمین مع البینه، فجعل الکفیل عوضا عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق علی وجه لا تعلمه البینه، و من أوجب علیه الیمین لم یعتبر الکفیل الا علی تقدیر تعذرها کما لو کان المدعی علی الغائب وکیل المستحق فإنه لا یجوز إحلافه فیستظهر بالکفیل، و لا شک فی أن الکفاله و الیمین احتیاط و استظهار الا أن ثبوتهما یحتاج الی دلیل» .

و قد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الکلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا الیمین فإنه متی تعذرت علیه کما لو کان المدعی علی الغائب وکیلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوی لا التکفیل عوضا عن الیمین، الا أن یقول بأن هنا روایتین إحداهما تفید الاستظهار بالکفیل و الأخری تفید الاستظهار بالیمین، و فیما نحن فیه یمکن التمسک بکل منهما و لا یجمع بین الأمرین، بل ان حلف فلا یکفل و ان کفل فلا یحلف، و أورد علیه فی الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بین الأمرین، و من هنا اعتبر فی القواعد ضم الیمین الی التکفیل.

قال: و لکن لا یجب شیء من الأمرین لا فیما نحن فیه و لا فی

صوره الدعوى على الميت، بل ان القضيه تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البينه و أما اليمين و الكفيل فللاحتياط و الاستظهار.

أقول: يتوجه هـذا الكلام فى خصوص كون المـدعى عليه غائبا لأن الروايه الـداله على اعتبار ضم اليمين إلى البينه فى حال كون المدعى عليه ميتا تختص بموردها و لا تشـمل محل الكلام، و حينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط و الاستظهار، و قد اسـتفاد فى الجواهر أن أخذ الكفيل فى حال عدم الملاءه-كما فى روايه محمد بن مسـلم-هو للاستظهار أيضا و أنه ليس الحكم متوقفا على التكفيل، و لكن ظاهرها توقف دفع المال إليه فى هذه الحاله على التكفيل.

و عن الأردبيلى قـدس سـره الإشـكال فى دفع المال الى المـدعى لانه قد يسـتلزم الضـرر على الغائب، و أن الخبر غير عام فينبغى الاقتصـار على موضع الوفـاق و هو فيمـا إذا علم الخصم بـأنه إذا لم يحضـر يحكم عليه و هو غائب لأنه يكون أدخل الضـرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه فى مثل هذا الحكم الذى يستلزم الضرر غالبا لا يمكن القول بحكومه أدله لا ضرر.

هذا كله بالنسبه إلى الغائب، و كذلك المجنون و الصغير، فإنه بنفس البينه يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى من دون حاجه الى ضم اليمين إلى البينه لعدم شمول روايه اعتبار اليمين

ص:٣٥١

الوارده فی خصوص المیت لهما و قیاسهما علیه باطل بالضروره، فالأشبه أنه لا یمین وفاقا للمصنف و جماعه.

حکم ما لو ذکر المدعی ان له بینه غائبه:

قال المحقق: «و لو ذکر المدعی أن له بینه غائبه خیره الحاکم بین الصبر و بین إحلاف الغریم.» .

أقول: ذکر جماعه أنه لو ذکر المدعی بعد طرح دعواه عند الحاکم أن له بینه علی ما یدعی و لکنها غائبه خیره الحاکم بین أن یصبر حتی تحضر البینه و بین أن یحلف غریمه المنکر، و لیس للمدعی ملازمه الغریم و لا مطالبته بکفیل.

و لیس فی عباره المحقق «قده» ذکر لمده الصبر، و أما التخییر بینه و بین إحلاف الغریم فهو مقتضی القاعده و لا حاجه الی دلیل خاص یدل علیه لان الخیار بیده و أن یمین الغریم حق ثابت له، بل له اختیار إحلاف الغریم حتی مع حضور البینه.

هذا ما ذکره المحقق «قده» هنا، لکن فی النافع: «و لو قال: البینه غائبه أجل بمقدار إحضارها، و فی تکفیل المدعی علیه تردد، و یخرج من الکفاله عند انقضاء الأجل» .

و قد ذکر الشهید الثانی «قده» فی المسالک أدله الطرفین، فدلیل عدم لزوم أخذ الکفیل هو أن الأصل براءه ذمه المدعی علیه من إعطاء الکفیل و لا دلیل علی جواز لإلزام بإعطاء الکفیل، و دلیل اللزوم: احتمال ضرر المدعی فیدفع الضرر بأخذ الکفیل. قال

فی المسالک: و هو الأحوط.

اذن فی المسأله ثلاثه أقوال.

و قد أشکل فی الجواهر فی التأجیل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البینه بعد انتهاء المده سمعت الشهاده بلا خلاف، و لم یقل أحد بأنه یجبر علی الإحلاف بعد المده مع عدم حضور الشاهدین، و ان کان المراد تعیین الأجل للکفاله بناء علی جواز أخذ الکفیل کان له وجه، و تکون الثمره خروجه من الکفاله عند انقضاء الأجل، و لکن هذا لا یتلائم مع عباره النافع حیث تردد فی أخذ الکفیل، فیکون التأجیل لغوا.

لکن فی قول أمیر المؤمنین علیه السلام لشریح: «اجعل لمن ادعی شهودا غیبا أمدا بینهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و ان لم یحضرهم أوجبت علیه القضیه» دلاله علی لزوم تعیین الأجل، فمع انقضائه لم یمهل، الا أنه لا قائل بذلک، فالأولی حمله علی مجرد الإمهال حتی حضور البینه، مع احتمال حمله و ان کان بعیدا علی کون الشهاده علی جرح بینه المدعی بعد إقامتها، فیجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتی لا یبقی النزاع بینهما. هذا کله لو فرض تمامیه سند الخبر.

و هل یلزم التکفیل؟ استدل للعدم بأن المدعی قد اختار الصبر حتی حضور البینه، فلا وجه لإلزامه المدعی علیه بإعطاء الکفیل أو ملازمته إیاه أو المطالبه بحبسه، لأن حق المدعی غیر ثابت فکیف یقال بإضرار المدعی علیه فعلا کأن یحبس أو یلازم دفعا للضرر المحتمل

توجهه على المدعى.

فان قيل: اذن يؤخذ منه الكفيل لأنه ان كان ضررا على المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعى، فنقول: ان قاعده نفى الضرر ليست مشرعه بل أنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الاولى المجعول حالكونه ضرريا، و فيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفى الضرر لكونه ضرريا.

فان قيل: ان حرمه الإلزام بالكفيل حكم ضررى فترفعه القاعده و يحكم بالجواز، فنقول: ان هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، و لا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الأخر.

و أما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى المسالك ففيه أن الأحوط هو العكس، لان معنى الاحتياط هو الإتيان بالفعل مثلا لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب و الاستحباب، و أما هنا فان فى أخذ الكفيل ضررا فعليا على المدعى عليه، و فى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، و أما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر فالأحوط الترک.

و قد يفصل بأنه إذا كان المدعى عليه مليا و يمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءه ذمه الخصم فلا يكفل و الا فيكفل، و الوجه فى ذلک وجوب مراعاه الحاكم لأقل الضررين فى حال دوران الأمر بينهما.

ص:۳۵۴

و هذا أيضا ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين.

و على التكفيل فهل يتعين فى ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

و ان كان له شاهد واحد و ذكر أن الأخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الأخر، و الأشبه أنه لا وجه للحبس و لا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣-الأحكام المترتبه على سكوت المدعى عليه:

قال المحقق: «و أما السكوت فان اعتمده ألزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل. و الأول مروى.» .

أقول: ان سكت المدعى عليه أو قال: لا أدرى، فتاره يكون سكوته لا عن عناد بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير فى الأمر و الجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم و يصبر حتى يزول خوفه، و تاره يكون سكوته عن عناد و لجاجه فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق «قده» : «الأول» الحبس حتى يبين الجواب «الثانى» إجباره على الجواب بالضرب و نحوه. «الثالث» أن يقول له الحاكم: اما أجبت و اما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعى.

و هل هذا البحث و الخلاف قبل إقامه المدعى البينه أو بعدها؟

ص:٣٥٥

یمکن تصویر ثلاث صور لهـذا المقـام «الاولی» : أن یقیم المـدعی دعواه عنـد الحـاکم فیسأل الحاکم المـدعی علیه عن جوابه فیسـکت، «الثانیه» : أن یقیم الدعوی و یطالبه الحاکم بإقامه بینه ثم یسأل المدعی علیه فیسـکت. «و الثالثه» : أن یقیم الدعوی و لا بینه عنده علیها فیسکت المدعی علیه عن الجواب.

لا ریب فی عدم کون الصوره الأولی محل الخلاف و الأقوال.

و أما فی الصوره الثانیه فإن علم الحاکم بعداله الشاهدین فإنه بعد سکوت المدعی علیه یعمل بعلمه و یحکم و یرتفع النزاع.

فظهر أن مـورد الأـقوال هـو الصوره الثـالثه، و الحق أن جواب المـدعی علیه لیس حقـا للمـدعی، و أنه لاـ دلیـل علی وجوبه علیه شرعا، نعم هو مقدمه للعلم بالحال و فصل النزاع. و لننظر فیما یمکن أن یستدل له للأقوال فی هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نص فی المسأله بالخصوص، و قول المحقق و العلامه قدس سرهما بالنسبه إلی القول الأول: «و الأول مروی» یمکن أن یکون إشاره إلی النبوی المشـهور: «لی الواجـد یحل عرضه و عقوبته» (1) الذی ذکروا انجبار ضـعفه بعمل الأصحاب. و قد أجیب بأن الظاهر من «الواجـد» هو من وجـد المال لا ما یعم اسـتحقاق جواب الـدعوی، و یشـهد بـذلک أن الامام أمیر المؤمنین علیه السلام کان یحبس المدین و الغریم کما فی الاخبار.

ص:356

1- 1) وسائل الشیعه 13-90 الباب-8 من أبواب الدین.

أقول: و فی الاستدلال به و الجواب عنه کلیهما نظر، أما فی الاستدلال فلانه یتوقف علی ثبوت کون الجواب واجبا علی المدعی علیه اما من جهه کونه حقا للمدعی و اما من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و حینئذ لو شککنا فی عقاب من لم یعمل بهذا الواجب أمکن الاستدلال بالحدیث، و أما مع عدم ثبوت وجوب الجواب علیه فلا یجوز حبسه، کما لا یجوز حبس من یشک فی کونه مدینا. و قد تقدم أن فی وجوب الجواب علی المدعی علیه مطلقا تأملا و اشکالا اللهم الا أن یکون إجماع، فسقط الاستدلال.

و فی الجواب المذکور أیضا نظر من جهه أنه لو فرض ظهور لفظ «الواجد» فیما ذکر، بل حتی لو صرح بالمال فی الکلام فلا مانع من دعوی إلغاء خصوصیه المال هنا بمناسبه الحکم و الموضوع، فیکون معنی الحدیث: لی الواجد عن أداء ما للناس -مالا کان أو حقا-یحل عقوبته و عرضه.

و استدل للقول الثانی بأن إجباره علی الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر.

و فیه: ان هذا أیضا متوقف علی ثبوت وجوب الجواب علیه و الا فإن أدله وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر لا تثبت موضوع المعروف و المنکر.

و استدل للقول الثالث بعموم الروایات الوارده فی باب «أن المدعی إذا لم یکن له بینه فله استحلاف المنکر، فان رد الیمین علی المدعی فحلف ثبتت الدعوی و ان نکل بطلت» کصحیحه محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (۱) .

و بالروايه الوارده فى الأخرس (۲) إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم بل يكفى لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، و لكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجىء شبهه القياس.

و بروايه عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه (۳) .

فالأظهر هو القول الثالث، و ان قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

و قد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعى فهو مقر و عليه دفع ما يدعيه، و ان كان ينكر ذلك وجب عليه رد اليمين على المدعى، و حيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت دعواه و الا سقطت، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

و فيه: ان الإقرار أو الإنكار لا بد من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، و العلم الإجمالى المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب:۷ من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۲۲۲. الباب:۳۳ من أبواب كيفيه الحكم.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۲. الباب:۴ من أبواب كيفيه الحكم.

و قد يعترض بأنه لو كان السكوت فى حكم النكول-كما تمسك لذلك بالروايات العامه-فيرد اليمين على المدعى كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير و المجنون و الغائب و الميت موضوعا لجواز الرد على المدعى.

و فيه: انه قياس مع الفارق.

و أما رأى صاحب الجواهر «قده» فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينه.

و فيه: انه مشكل جدا فإنه يؤدى الى عدم ثبوت دعوى أبدا، و لا ريب فى بطلان نسبه هذا الحكم الى الشارع، و عليه فلا مناص من سماع الدعوى، و مع سكوت المدعى عليه يحلف المدعى بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه، و ان كان الثانى هو الأحوط، فان لم يحلف سقطت الدعوى.

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى فى صوره الحبس أو الضرب، لانه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما و يكون المرجع ما ذكرنا، و عليه فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذى يحتمل سلوكه بالتالى؟ الحق هو العدم.

قال المحقق «قده» : «و لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين» .

أقول: هذا إذا لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذى يكتفى بالظن بالمراد منه فلا حاجه الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرا أو منكرا.

قال: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد.» .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من مقام الشهاده، و أما بناء على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبره فى فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد.

۴-حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادرى» :

اشاره

إذا أجاب المدعى عليه بقوله «لا أدرى» فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فوجوه:

منها: سقوط الدعوى، لان المدعى بعد فرض عدم البينه يقر بأن من لا يدرى هل هو مدين أو لا لا يجب عليه دفع شيء.

و منها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعى فى ذمته استنادا الى الأصل، فإن شك فى مشروعيه هذه اليمين و سقوط الدعوى بها فالأصل هو العدم، و لكن تعارضه أصاله عدم استحقاق الحق.

و منها: ان يرد اليمين على المدعى.

و منها: انه منكر و عليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال فى الجواهر: «ثم ان ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم، و حينئذ فإذا كان جوابه لا ادرى و لا اعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا كضروره عدم كونه ساكتا فليس إلا الإنكار و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم

استحقاق ما يدعيه و ان لم يعلمه فی نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوی به استحقاق المدعی به علیه، فإذا نفی العلم بسببه کان نافیا للاستحقاق المزبور الذی هو روح الدعوی علیه، و بذلک یکون منکرا لا یتوجه علیه الا الیمین لموافقته للأصل و غیره، و لا ینافی ذلک ما تسمعه من الأصحاب من غیر خلاف فیه یعرف بینهم من اعتبار الحلف علی البت فی فعله نفیا و إثباتا المنزل علی الصوره الغالبه من الإنکار بخلاف ما إذا کان إنکاره بالصوره الثانیه فإنه یحلف علی عدم العلم نحو یمین الوارث» .

و منها: ما ذکره السید «قده» -و لا یبعد کونه الأصح-و هو التفصیل بین صوره تصدیق المدعی دعوی المدعی علیه عدم الدرایه و بین صوره عدم تصدیقه لها، فقال ما حاصله بلفظه: «إذا أجاب المدعی علیه بقوله: لا أدری، فاما أن یصدقه المدعی فی هذه الدعوی أو لا- فعلی الأول: ان کان للمدعی بینه علی دعواه فهو و الا فلا حق له، لان المفروض تصدیقه فی عدم علمه، و معه لیس مکلفا بالأداء فی مرحله الظاهر لأن الأصل براءه ذمته و المدعی أیضا معترف بذلک، فالمقام نظیر الدعوی علی المیت مع عدم البینه و اعتراف المدعی بعدم علم الوارث، فإنه لا- خلاف فی سقوط دعواه حینئذ. و یمکن أن یستدل علی ما ذکرنا بالأخبار الوارده فی ادعاء رجل زوجیه امرأه لها زوج و أنه لا تسمع دعواه إذا لم تکن بینه کموثقه سماعه (1) و روایه

1- 1) وسائل الشیعه:14-226. الباب:23 من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد من کتاب النکاح.

یونس (۱) و حسنه عبد العزیز (۲) فان المفروض فی هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعی و کذبه، و الظاهر عدم الفرق بین دعوی الزوجیه و غیرها.

و علی الثانی فللمدعی علیه أن یحلف علی عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر، لانه منکر من هذه الحیثیه، فالمنکر قسمان: منکر للاشتغال الواقعی، و منکر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع، و للمدعی أن یحلفه علی نفی العلم ان ادعی علمه بثبوت الحق، فإن حلف کفی فی سقوط الدعوی، و ان رد الیمین علی المدعی أو الحاکم ردها علیه فحلف ثبت حقه و لکن هذا الحلف لا یوجب سقوط حقه واقعا حتی لا تسمع منه البینه بعد ذلک و لا یجوز له المقاصه» .

هذا إذا کانت الدعوی دینا، و أما إذا کانت متعلقه بعین فی یده و أجاب المدعی علیه بقوله: «لا أدری» فقد ذکروا أنه ان کانت تحت تصرف تلک الید فقط و لم تشارکها ید أخری فی الأخذ و الوضع من الصندوق الذی وضعت تلک العین فیها مثلا کانت الید المنحصره حجه و الا وجب علی المدعی إقامه البینه، فإن أقامها حکم له و الا فبما أن المدعی علیه غیر متمکن من الحلف لعدم درایته بالواقع و من هنا أیضا لا یمکنه رد الیمین علی المدعی تکون الدعوی ساقطه ظاهرا.

ص:۳۶۲

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۴-۲۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۴-۲۲۶.

و قال السید رحمه اللّه ما ملخصه «بل یمکن أن یقال بجواز حلفه علی عدم الحق للمدعی علی المیت اعتمادا علی ید من انتقلت منه الیه کما یظهر من خبر حفص بن غیاث (۱)فإنه یظهر منه جواز الحلف إذا اشتری من ذی ید، بل یظهر منه جواز الشهاده بالید مع أن أمر الشهاده أصعب، بل و کذا إذا کانت فی یده و لم یعلم حالها یحکم بمقتضی یده أنها له، و لا یضر قوله: لا أدری من أین صارت فی یدی و أنها فی الواقع لی أو لیست لی.

لکن قال فی المستند فی هذه الصوره: ان رد الیمین علی المدعی فحلف کانت له و ان لم یدع علیه العلم أو ادعی و حلف علی نفی العلم لا یحکم بکونها له بل یقرع بینه و بین المدعی، لانه یشترط فی دلاله الید علی الملکیه عدم اعتراف ذیها بعدم علمه بأنه له أو لا» .

قلت: و الاولی ما ذکره السید «قده» لانه مقتضی قاعده الید.

ثم انه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صوره تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايته و أنه لا أثر لليمين حينئذ -لأن الغرض منها ازاله الشک فی صدقه فمع العلم به لا أثر لها- يحكم بسقوط الدعوى كذلک لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه من دون حاجه الى يمين المدعى عليه على ذلک.

و قال بعض المعاصرين: و إذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعى له، فاما أن يكون له بينه فهو، و مع عدمها لا حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفا بالأداء فى الظاهر و المدعى معترف بذلک فلا يجوز مطالبته، و معه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى و كل دعوى مسموعه يكون الفصل فيها بالبينه و اليمين، و ذلک لعدم البينه و عدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به و لا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر» (1)) .

و فيه: أنه ليس الشک فى الصدق ملحقا بالعلم به فى عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هى للاستظهار فى حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشک فی صدق هذه الدعوى.

و انما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينا لان الصحيح- كما ذكر الشيخ الأستاذ قدس سره (1)) -ان قولهم بعدم وجوب الفحص فى الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۴۱.

الفحص من السهوله بحیث لا یصدق معه الشک و الشبهه عرفا، فلو توقف ظهور حقیقه الحال فی المنازعه علی حق علی مراجعه دفتر الحساب لم یؤثر جواب المدعی علیه بالشک فی صدق الدعوی و تمسکه بأصاله العدم حینئذ. و ما نحن فیه من هذا القبیل فالحلف لا بد منه فی هذا المقام.

(مسائل تتعلق بالحکم علی الغائب)

الأصل-لو لا الدلیل-عدم نفوذ الحکم علی الغائب، الا أنه لا ریب فی سماع الدعوی و نفوذ الحکم علیه، و فی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، و قد یستدل لذلک بالأدله التالیه:

۱-إطلاق أدله القضاء کقوله تعالی «فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۱) .

۲-إطلاق أدله الحکم بالبینه و الیمین، کقوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» (۲) .

الا أن التمسک بهاتین الطائفتین من الأدله غیر تام لعدم الإطلاق الشامل للغائب فیها بحیث یمکن أن یکون دلیلا للجواز لو لا الاخبار الخاصه و الإجماع، لأن هذه الأدله فی مقام بیان الحکم علی الإجمال، فهی تبین أصل القضاء و تشریعه من غیر تعرض إلی الشرائط

۱- ۱) سوره ص:۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۶۹. الباب:۲ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و الخصوصيات، و يكون معنى «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» ، انى لا اقضى بينكم عن طريق العلم بالغيب و لا بالمعجزه بل أقضى بينكم بالبينات و الايمان، بل ان هذا الحديث و نحوه منصرف عن صوره كون أحد المتخاصمين غائبا.

۳-ما روى عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم من أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (۱)) و كان أبو سفيان غائبا.

و فيه-مع الغض عن سنده و عما قيل من أن كون أبى سفيان غائبا غير معلوم-أنه لا ظهور له فى كون ذلك من النبى «ص» من باب الحكم، بل كونه من باب الولايه على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

۴-ما روى عن أبى موسى الأشعرى: «كان النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما و لم يف الأخر قضى للذى و فى على الذى لم يف. أى مع البينه» (۲)) .

و هذا الحديث-مع الغض عن سنده-صريح فى حضور كليهما عند الحاكم و غياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصوره غياب أحدهما من الأول.

ص:۳۶۶

۵-خبر جمیل: «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته إذا قدم و لا یدفع المال إلی الذی أقام البینه إلا بکفلاء» (۱) .

۶-خبر محمد بن مسلم: «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته إذا قدم و لا یدفع المال إلی الذی أقام البینه إلا بکفلاء إذا لم یکن ملیا» (۲) .

۷-إطلاق ما روی عن أبی عبد اللّه علیه السلام أنه قال: «القضاه أربعه، ثلاثه فی النار و واحد فی الجنه، رجل قضی بجور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بجور و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو یعلم فهو فی الجنه» (۳) .

لکن الظاهر کونه فی مقام بیان لزوم العلم بالحق و الحکم بالحق فقط، فلا إطلاق له لیستدل به فی المقام.

و ببعض ما ذکر یتقید إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: «إذا

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۶. الباب:۲۶ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۱. الباب:۴ من أبواب صفات القاضی.

تقاضـی إلیـک رجلاـن فلا تقض للاول حتی تسـمع من الأخر، فإنک إذا فعلت ذلک تبین لک القضاء» (۱) و ان کـان یحتمل ظهور «تقاضـی إلیک رجلان» فی کونهما حاضـرین، فیکون وجه الجمع: الحکم فی القضیه جزما و یکون الغائب علی حجته إذا قدم.

و کـذا مـا عن علی علیه السـلام قال: «قال النبی صـلی اللّه علیه و آله و سـلم لما وجهنی إلی الیمن: إذا تحوکم إلیک فلا تحکم لأحد الخصـمین دون أن تسأل من الأخر. قال: فما شککت فی قضاء بعد ذلک» (۲) ، و ما رواه العیاشی فی تفسیره عن الحسن عن علی علیه السـلام ان النبی صـلی اللّه علیه و آله و سـلم بعثه ببراءه-الی أن قال-فقال: «ان الناس سیتقاضون إلیک، فإذا أتاک الخصـمان فلا تقض لواحـد حتی تسـمع من الأخر فإنه أجدر أن تعلم الحق» (۳) بنـاء علی ظهورهما فی الإطلاق، و یکون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الأخر أنه إذا حضـرا معا فلا یجوز الحکم قبل السؤال من الأخر و سـماع کلامه، و قد حمل الأمر بالسؤال منه علی الإرشاد و لکنه خلاف الظاهر.

و أما ما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبیه عن علیه السلام

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۸ ضعیفه.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹ ضعیفه.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹ ضعیفه.

من أنه قال: «لا يقضى على غائب» (١)) فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده (١)) و لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

و بعد، فهل يقضى على الغائب فى كل دعوى و على كل حال؟ يتضح الأمر فى هذا المقام فى مسائل:

المسأله الاولى

(فى المراد من الغائب)

قال المحقق «قده» : «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا و حاضرا، و قيل: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» .

أقول: لا اشكال و لا خلاف فى أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعا عن الحضور.

و لا خلاف فى صدق «الغائب» على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، و أما إذا كان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، و لعل دليله أن القدر المتيقن من «الغائب» هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه.

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-٢١٧ عن قرب الاسناد عن السندى بن محمد عن أبى البخترى.

و هو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

و ان كان حاضرا فى البلد و غائبا عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا، قال فى الجواهر: و ان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط و تعليق الإرشاد: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم، إلا أنا لم نجد فى المبسوط ما نسب اليه، و الشيخ «قده» لم يتعرض إلى مسألتنا، و يمكن أن يكون قد تعرض لها فى محل آخر.

و فى المسالك: ان كان غائبا عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا سواء كان بعيدا أم قريبا، و كذا لو كان حاضرا فى البلد و تعذر حضوره فى مجلس الحكم اما قصدا أو لعارض، و لو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضا لعموم الأدله. و قال الشيخ فى المبسوط:

لا يحكم عليه حينئذ لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، و لانه ربما وجد مطعنا و مدفعا و جاز فى الغائب للمشقه بطول انتظاره. و الأظهر الأول.

و لعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر فى المجلس، أو حملوا «الغائب» فى أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه بناء على عموم التعليل الموجود فيها، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العله فى تلك الأدله، و يجوز حمل العله على الاستحباب أو العليه الناقصه. لكن فى الحكم على الغائب عن المجلس تردد و ان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الأظهر، و كونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا و لا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور فى المجلس الا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بينته إلا لأخذ المال لو اعترف بـاعترافه-و مرجعه الى اشتراط ادعـاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال-و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعهـا به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السـكوت النـازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و ان لا يقـدر بعـد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟ قال فى الجواهر: لا يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقـد الإجماع. أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المـدعى عليه جاحـدا فيلزم فى صوره إقرار المـدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعـد الإقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا فى تسليمه. و الا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم اللّه على حكم الحاكم فى القضيه. الا أن يقال بأن اللّه عز و جل قد أذن للحاكم أن ينشـئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى ان كان لحكمه أثر زائد على الإقرار-لأن المسلم به أنه لا يسـمع الإنكار بعد الإقرار و أن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه-كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا فى الإقرار.

قال فى الجواهر: نعم قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه بناء

على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر و قد عرفت الكلام فيه سابقا، و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصوره مشكله.

المسأله الثانيه

(يقضى على الغائب مطلقا أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق «قده» : «يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و لا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا و اللواط لأنها مبنيه على التخفيف» .

أقول: و لذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس فإنها مبنيه على الاحتياط. فان قيل: فلما ذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البينه يلغيه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهه و الا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره و جرح الشاهدين أو إقامه البينه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد.

قال المحقق: «و لو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقه يقضى بالغرم، و فى القضاء بالقطع تردد» .

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس و حق اللّه معا كالسرقه

یقضی علیه فی حق الناس، و أما القضاء بحق اللّه و هو القطع فقد تردد فیه المحقق «قده» ، قال شارحوه انه لم یتردد فی عدم القضاء به غیره من الفقهاء.

و ذکر فی الجواهر وجه التردد: ان السرقه عله للأمرین، فإذا قامت البینه علیها لم یعقل التفکیک بین المعلولین، و أجیب عن ذلک بأن الأحکام الشرعیه معرفات لا علل حقیقیه. و معنی هذا الکلام:

ان الأمور المذکوره فی کلمات الشارع بعنوان العله لیست عللا حقیقیه یحکم العقل بامتناع الانفکاک بینها بل هی معرفات. أقول:

ان العقل لا یمکنه ادراک أن الشیء الکذائی عله للشیء الکذائی فی الأحکام الشرعیه، فلو لا بیان الشارع ان الجنابه عله لوجوب الغسل لم یدرک العقل ذلک، و حینئذ فلو جاء فی کلامه أن الشیء الفلانی عله للشیء الفلانی وجب التصدیق بحکم الشارع بالعلیه، لکن الفرق بین العلیه المدرکه بالعقل کعلیه النار للحراره و العلیه الوارده فی لسان الشارع هو أنه فی الأول یستحیل التفکیک بین النار و الحراره إلا عن طریق الاعجاز، أما فی الثانی فإنه یمکن تخلف ما جعل معلولا عما جعل عله، و لذا نری أن الشارع قد یقول فی مورد بعدم ترتب المعلول علی العله و هو یکشف عن عدم العلیه التامه. اذن لیست الأحکام الشرعیه معرفات، بل هی علل و معالیل کالعلل و المعالیل الأخری.

و علیه فلو أقر الحاضر بالسرقه مرتین ترتب الأثران، و ان أقر مره واحده یؤخذ منه حق الناس و لا یحکم علیه فی حق اللّه، فلا

يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هى علل، و لكن فى هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرتين، و الإقرار مره واحده عله لترتب أحد الأثرين، و ذلك لان مبنى الشارع فى الحدود الإلهيه على التخفيف فلا بد من إقرارين، و أما فى حقوق الناس فعلى الاحتياط فيكفى الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، و لكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر و الغائب، و حينئذ فلو سرق حكم بقطع يده و بالغرم معا لعموم الأدله، و دليل درء الحد بالشبهه لا يشمل هذا المقام و لا مخصص تام سندا و دلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه فى الحقين بلا فرق الا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه

(لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل)

قال المحقق: «لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل و لا بينه، ففى الإلزام تردد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه لان التوقف يؤدى الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء و الأول أشبه» .

أقول: الوكيل تاره وكيل فى المرافعه فقط و أخرى هو وكيل فى المرافعه و المطالبه بالحق معا، و حيث يكون له المطالبه بالحق فان ادعى الغريم تسليمه الى الموكل طالبه بإقامه البينه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، و ان لم يكن له بينه على

تلك الـدعوى فلا يمكنه إحلاف الوكيل لان يمين الوكيل لا أثر لها، و حينئـذ تسـقط دعواه و يلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق و عدم إبراء صاحب الحق إياه، و هذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

و أما قوله: «لان التوقف يؤدى الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفا على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

و أمـا القول بأنه لو لم يلزم لتوجه الضـرر على صاحب الحق بضـياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضا توجه الضـرر الى الغريم لاحتمال صدقه فى دعوى الأداء.

و هل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟ ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر لان الدعوى بعد الحكم لا تسمع، و الا كان له وجه نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

و فى المسأله وجهان آخران:

أحـدهما-تفصـيل صـاحب المسـتند بين مـا إذا كان الوكيل وكيلا فى دعوى الإبراء و الوفاء أيضا فالتوقف، و بين ما إذا لم يكن وكيلا فالإلزام.

و الثانى-التفصيل الذى لم يستبعد السيد «قده» قوته، و هو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدعى عليه من الأول،

فعلى الأول الإلزام و على الثانى فالتوقف.

و ان لم يـأذن ذو الحق للوكيـل بأخـذ الحق من الغريم فلاـ وجه لأخـذه له، فحيث يلزم بـدفع الحق فـإنه يـدفعه الى الحاكم حتى يسلمه الى صاحب الحق عند حضوره.

ص:٣٧۶

المقصد الرابع

اشاره

فی کیفیه الاستحلاف و البحث فی أمور ثلاثه

(الأول: فی الیمین)

اشاره

اعلم أن المستفاد من الاخبار الکثیره کراهه الیمین الصادقه و کونها مرجوحه مطلقا، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام قال «قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: من أجل اللّه أن یحلف به أعطاه اللّه خیرا مما ذهب منه» (1) .

و عنه علیه السلام قال: «لا تحلفوا باللّه صادقین و لا کاذبین، فإنه عز و جل یقول وَ لا تَجْعَلُوا اَللّٰهَ عُرْضَهً لِأَیْمٰانِکُمْ » (2) .

و عن أبی جعفر علیه السلام فی روایه: «و انی لأکره أن أقول (و اللّه) علی حال من الأحوال» (3) .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۵. الباب-۱-کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۶. الباب-۱-کتاب الایمان.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۵-الباب-۱-کتاب الایمان.

و لکن تزول الکراهه بل یترجح إتیانها فی کثیر من الموارد بالنظر الی الأثر المترتب علیها کبیان أهمیه المطلب أو التأکید علیه و نحو ذلک، و لذا کان النبی و الأئمه علیه و علیهم الصلاه و السلام قد یحلفون فی کلامهم، فعن الرضا علیه السلام: «بلغنی أن الناس یقولون أنا نزعم أن الناس عبید لنا، لا و قرابتی من رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم ما قلته قط.» (۱)) .

بل قد یجب الحلف فی بعض الموارد، کما إذا وقعت المرافعه علی زوجیه امرأه مثلا أو ملکیه دار و نحو ذلک.

و یحرم الحلف بالأوثان و الأصنام، فالحلف باللات مثلا حرام و ان کان علی ترک محرم أو إتیان واجب، و لا کفاره علیه فی صوره المخالفه.

و لو حلف على ترک واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمه هذا الحلف و لو خالف لم تجب عليه الكفاره.

لا يستحلف أحد إلا باللّه:

قال المحقق قده: «و لا يستحلف أحد إلا باللّه و لو كان كافرا» .

أقول: ان اليمين تكون فى موارد ثلاثه:

الأول: فى المورد الذى لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على ما يقوله فى مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعى.

و الثانى: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترک أمر مرجوح فعله، و أثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه ان كانت باللّه عز و جل.

و الثالث: اليمين فى مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففى الأول يجوز الحلف بغير اللّه تعالى؟ ان الاخبار الوارده فى النهى عن اليمين بغير اللّه فوق حد التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها فى الحرمه و حملوها على الكراهه و لم يفت أحد منهم بحرمه اليمين بغير اللّه، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا فى الاخبار حلف الأئمه بغير اللّه فى محادثاتهم و محاوراتهم (۱)) ، و فى كتاب القضاء للمحقق الآشتيانى: أن عليه السيره، و أجاب عن

ذلک بأن الأخبار الناهیه عن الیمین تصلح لان تکون رادعه عن هذه السیره، و فیه: انها لیست رادعه، بل یمکن القول بأن السیره کاشفه عن عدم إراده الحرمه من تلک الاخبار (۱)) .

و أشکل بأن بعض تلک الأخبار یأبی الحمل علی الکراهه، مثل ما روی عن النبی «ص» : «من حلف بغیر اللّه فقد أشرک» (۱)) و فی حدیث آخر «فقد کفر» (۲)) .

و فیه: أن الحدیثین-مع الغض عن سندهما-محمولان علی الیمین الموجبه للکفر و الشرک کأن یحلف المسلم باللات و العزی، أو بالأب و الابن-تعالی اللّه عن ذلک-و نحوهما. و یشهد بذلک وجود لفظی الشرک و الکفر فی الحدیثین، لان من المعلوم أن الحلف بغیر اللّه مما لا یوجب الکفر و الشرک لا یکون کفرا و شرکا، و یؤید ذلک سیره المتشرعه.

و فی الثانی لا إشکال فی جواز الحلف بغیر اللّه و عدم وجوب الکفاره علی مخالفته.

و أما الثالث-و هو مورد البحث و الکلام-فقد دلت جمله من النصوص بصراحه علی أنه لا یحلف الا باللّه، و إلیک بعضها:

۱- ۱) مستدرک وسائل الشیعه: الباب:۲۴ من کتاب الایمان.

۲- ۲) سنن البیهقی:۱۰-۲۹.

۱) عن سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال:

«لا يحلف اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير اللّه، ان اللّه عز و جل يقول فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّهُ » (۱) .

۲) عن جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «لا يحلف بغير اللّه. و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم الا باللّه عز و جل» (۲) .

۳) عن الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم الا باللّه عز و جل» (۳) .

۴) عن سماعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلا باللّه عز و جل» (۴) .

۵) عن الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم الا باللّه» (۵) .

۶) عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمه. قال: لا تحلفوهم الا باللّه» (۶) .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۴- ۴) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۵- ۵) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۶- ۶) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۷) عن علی بن مهزیار قال: «قلت لأبی جعفر الثانی علیه السلام:

قول اللّه عز و جل وَ اَللَّیْلِ إِذا یَغْشی وَ اَلنَّهارِ إِذا تَجَلّی . و قوله عز و جل وَ اَلنَّجْمِ إِذا هَوی و ما أشبه هذا. فقال: ان اللّه عز و جل یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا الا به عز و جل» ((۱)) .

۸) عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبی جعفر علیه السلام قول اللّه عز و جل وَ اَللَّیْلِ إِذا یَغْشی - وَ اَلنَّجْمِ إِذا هَوی و ما أشبه ذلک. فقال: ان للّه عز و جل أن یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا الا به» ((۲)) .

۹) عن الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف الا باللّه.» ((۳)) .

۱۰) عن سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف الا باللّه.» ((۴)) .

فهذه الاخبار تدل علی أنه لا یستحلف أحد إلا باللّه عز و جل و لو کان کافرا بإنکار أصل واجب الوجود فضلا عن غیره، و قد ورد فی بعض الاخبار ((۵)) أن الیمین بغیر اللّه یؤدی الی ترک الحلف باللّه، أی

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۵۹. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۵- ۵) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۱،۱۶۰.

أنه فى المورد الـذى يترجـح فيه اليمين لا ـ بـد من الحلف بـاللّه حتى لا يعظم شـىء فى مقابله عز و جل، لان الحلف يكون عاده بماله أهميه و جلاله و عظمه، فالالتزام بالحلف باللّه تعالى تعظيم له و إثبات لعظمته و نفى لعظمه شـىء سواه، و أما الاسـتحلاف فى مورد المرافعه فلا يجوز بغير اللّه عز و جل و ان رضى الطرفان بالحلف بغيره.

و هناك أخبار وارده فى الاستحلاف بغير اللّه تعالى سنذكرها قريبا.

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شىء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم فى ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

«و قيل: لا يقتصر فى المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم الى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سمى النور إلها» .

أقول: هل يسـتحلف المجوسـى الذى يسمى النور آلها باللّه تعالى كالمسلمين أو يقال له: «احلف بخالق النور» مثلا و ان كان غير معتقـد به؟ ظـاهر المبسوط حيث قـال: فـان قيل: كيف حلفته باللّه و ليست عنـده بيمين؟ قلنا: ليزداد اثما و يسـتوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الاخبار هو الأول، و أما قول الشيخ: «ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

و كذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، و من يعتقد بآله غير اللّه، و من يعتقد بإلهين كالثنويه، و من يعبد الأصنام.

لإطلاق الأدله.

عدم جواز الإحلاف بغير أسماء اللّه:

قال المحقق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء اللّه سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه» .

أقول: و يدل على ذلک النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفا، فلا يجوز الحلف بغير اللّه و ان تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل ان المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا- يفصل النزاع، لان هذه اليمين محرمه اما تكليفا و وضعا و اما وضعا فقط على الخلاف، لانه على الأول يكون الصلح على أمر محرم فعله، و على الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

و وجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الاستفاده من أدله النهى عن الاستحلاف بغير اللّه، و مع الشک فى الحرمه التكليفيه تجرى البراءه، و حينئذ لا- يحكم بفسق المحلف و الحالف، أما مع الشک فى الحكم الوضعى فالأصل عدم النفوذ، و القدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق و عدم سقوطه باليمين بغير اللّه تعالى و ان كان من الكتب المنزله أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفه.

لكن فى بعض الاخبار ما ينافى تلک الأدله، و هذه نصوص تلک الاخبار:

۱) عن السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

علیه السلام استحلف یهودیا بالتوراه التی أنزلت علی موسی علیه السلام» ((۱)) .

۲) عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: «سألته عن الاحکام. فقال: فی کل دین ما یستحلفون به» ((۲)) .

۳) عن محمد بن قیس قال: «سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:

قضی علی علیه السلام فیمن استحلف أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلف بکتابه و ملته» ((۳)) .

۴) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحکام، فقال: تجوز علی کل دین بما یستحلفون» ((۴)) .

۵) الصدوق «قده» قال: «و قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فیمن استحلف رجلا من أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلفه بکتابه و ملته» ((۵)) .

و لعل بالنظر الی هذه الاخبار قال المحقق «قده» :

«و لو رأی الحاکم إحلاف الذمی بما یقتضیه دینه أردع جاز» .

لکن المشهور عدم جواز إحلاف الیهود و النصاری بغیر اللّه للنصوص الناهیه عن ذلک عموما و خصوصا، و قد أجابوا عن خبر

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. و عن نسخه: یستحلون به.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. و «یمین صبر» : جهد القسم.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

۵- ۵) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

السکونی بضعف سنده، و فی الوسائل: حمله الشیخ علی أنه مخصوص بالإمام، و علی هذا حملت الأخبار الأخری أیضا، و أما صحیح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم.

و الحاصل ان هذه النصوص لا تصلح معارضه للنصوص السابقه لقصور بعضها سندا و البعض الأخر دلاله.

و هل یجب أن یکون الحلف بلفظ الجلاله فقط؟ الواجب هو الحلف بذات اللّه المقدسه، أی المسمی بلفظ الجلاله و الأسماء الحسنی، فیجزی أی اسم کان من أسمائه أو أی صفه من صفاته الخاصه به عز و جل.

استحباب تقدیم العظه و تغلیظ الیمین:

قال المحقق: «و یستحب للحاکم تقدیم العظه علی الیمین و التخویف من عاقبتها» .

أقول: بأن یذکر له مما ورد من ذلک فی الاخبار مثل:

۱) «من حلف باللّه کاذبا کفر و من حلف باللّه صادقا أثم» (۱) .

۲) «ان یمین الصبر الکاذبه تترک الدیار بلاقع» (۲) .

۳) «من حلف علی یمین و هو یعلم أنه کاذب فقد بارز اللّه» (۳) .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۹.

۴) «اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر» (۱) .

۵) «. ان اليمين الكاذبه و قطيعه الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها و تثقلان الرحم، و ان ثقل الرحم انقطاع النسل» (۲) .

۶) «قال اللّه عز و جل: لا أنيل رحمتى من يعرّضنى للأيمان الكاذبه.» (۳) .

قال المحقق: «و يكفى أن يقول: و اللّه ما له قبلى حق» .

أقول: و الدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: «و قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان، لكن ذلك غير لازم و لو التمسه المدعى، بل هو مستحب استظهارا فى الحكم» .

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله فى الايمان، و يدل فعل أمير المؤمنين فى إحلاف الأخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ فى اليمين، و قد استدل به على الاستحباب، قلت:

و فيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات و غسلها و أمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فان كان الأخرس يعرف القراءه تحقق التغليظ و الا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم ان الامام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعى، و هذا يخالف سائر الاخبار و القاعده المقرره فى فصل الخصومه و كيفيه القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۰.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۲.

یدل علی استحباب التغلیظ، و انما علی الجواز کما ذکر، فالتمسک بها لاستحباب التغلیظ فی الیمین فی غیر محله.

و قد یستدل بما رواه صفوان الجمال: «أن أبا جعفر المنصور قال لأبی عبد اللّه علیه السلام: رفع الی أن مولاک المعلی بن خنیس یـدعو إلیـک و یجمع لـک الأموال. فقال: و اللّه ما کان-الی أن قال المنصور-فأنا أجمع بینک و بین من سـعی بک، قال: فافعل. فجاء الرجل الـذی سـعی به، فقال له أبو عبـد اللّه علیه السـلام: یا هـذا أ تحلف؟ فقال: نعم و اللّه الذی لا إله الا هو عالم الغیب و الشـهاده الرحمن الرحیم لقد فعلت. فقال له أبو عبد اللّه علیه السلام: ویلک تبجل اللّه فیستحی من تعذیبک و لکن قل: برئت من حول اللّه و قوته و ألجئت إلی حولی و قوتی، فحلف بهـا الرجـل فلم یسـتتمها حتی وقع میتا. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصـدق علیک بعد هذا أبدا، و أحسن جائزته و رده» (۱) .

و لکن دلالتها علی الاستحباب غیر واضحه.

و اسـتدل بروایه السید الرضی «قده» عن أمیر المؤمنین علیه السلام: «أحلفوا الظالم إذا أردتم یمینه بأنه بریء من حول اللّه و قوته، فإنه إذا حلف بها کاذبا عوجل و إذا حلف باللّه الذی لا إله هو لم یعاجل لانه قد وحد اللّه سبحانه» (۲) .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۷. الباب:۳۳، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۷.

و هذه الروايه لا تدل على الاستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، و يشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم.

و استدل بروايه الراوندى «قده» عن الرضا عليه السلام عن أبيه: «ان رجلا وشى الى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئا من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلّف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا-يعنى الصادق عليه السلام-فقال الحاجب: قل و اللّه الذى لا إله الا هو، و جعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لا تحلفه هكذا. فقال المنصور: فحلفه إذا يا جعفر. فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل ان كنت كاذبا عليك فبرئت من حول اللّه و قوته و لجأت إلى حولى و قوتى. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم ان كان كاذبا فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتا.» (۱) و هذا أيضا لا يدل على الاستحباب.

فالإنصاف: انه لا دليل على استحباب التغليظ، و من هنا قال فى المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى و ما وقفت على مستنده.

و كيف كان فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول:

و اللّه الذى لا إله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۷.

المـدرك المهلـك الـذى يعلم من السر مـا يعلمه من العلانـيه ما لهـذا المـدعى على شـىء مما ادعاه، و يجوز التغليظ بغير هـذه الألفاظ مما يراه الحاكم» .

أقول: كما فى روايه إحلاف الأخرس، و روايه نهج البلاغه، و غيرهما.

قـال: «و بالمكـان كالمسـجد و الحرم و مـا شـاكله من الأمـاكن المعظمه، و بالزمـان كيـوم الجمعه و العيـد و غيرهـا من الأوقـات المكرمه» .

أقول: و من التغليظ ما تعارف بين الناس فعله من وضع اليد على المصحف الشريف فى حال أداء اليمين.

قال: «و يغلظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها» .

أقول: يـدل عليه مـا رواه الحسـين بن علوان عن جعفر عن أبيه «أن عليا كان يسـتحلف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنائسـهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شددوا عليهم احتياطا للمسلمين» (۱) .

و مـا رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه «ان عليـا عليه السـلام كـان يسـتحلف اليهود و النصـارى بكتابهم و يسـتحلف المجوس ببيوت نيرانهم» (۲) .

قال: «و يستحب التغليظ فى الحقوق كلها و ان قلت عدا المال

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع» .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعى عليه الإجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه، و أما النهى عن التغليظ فى المال الأقل من نصاب القطع فقد ورد فى خصوص كونه عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله و هو ما رواه محمد بن مسلم و زراره عنهما عليهما السلام جميعا قالا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله على أقل مما يجب فيه القطع» (1) .

فرعان:

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ:

قال المحقق: «لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر، و لم يتحقق بامتناعه النكول» .

أقول: استدل له بالأصل، أى: ان الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، و قبله إطلاقات أدله القضاء و كيفيه الحكم، مضافا الى قوله عليه السلام: «من حلف باللّه فليصدق، و من حلف له باللّه فليرض، و من لم يرض فليس من اللّه» (2) و فى الجواهر: بلا خلاف أجده إلا عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامه من وجوبها عليه و تحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۵. الباب:۶، كتاب الايمان.

لکن بنـاء علی کون الإحلاـف و کیفیته حقـا للمـدعی یجب علیه الإجابه، و فی روایه عبـد الرحمن بن أبی عبـد اللّه: «. فان کان المطلوب بـالحق قـد مـات فـأقیمت علیه البینه فعلی المـدعی الیمین بـاللّه الـذی لا إله الا هو لقـد مات فلان و أن حقه لعلیه، فإن حلف و الا فلا حق له.» (۱) فان ظاهرها ان الامتناع عن الیمین المغلظه نکول، لکن لا یبعد أن لا یکون النظر فیها إلی الکیفیه بل المراد-کما علیه الأکثر-هو الامتناع عن أصل الیمین و أنه ان لم یحلف فلا حق له.

و ذکر فی الجواهر وجه خلاـف بعض العـامه بقوله: و لعـل وجهه أنه لاـ فائـده فی اسـتحبابه للحـاکم مع فرض عـدم وجوبه علی المدعی علیه، مضافا الی استمرار السیره علی توجیه الیمین مغلظه علی المنکر. الا أن ذلک کله کما تری.

أی: لأـن اللغویه ممنوعه، لأن أثر اسـتحباب التغلیظ للحاکم هو تخویف المـدعی علیه و تشدیـد الأمر علیه لئلا یقـدم علی الیمین الکاذبه (۱)) ، و لان اتصال هذه السیره بزمن النبی صلی اللّه علیه و آله

ص:۳۹۲

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۲. الباب:۴ من أبواب کیفیه الحکم.

و سلم غير معلوم، و لو سلم فإنها لا تدل على وجوب الإجابه و أنه لو امتنع كان ناكلا.

فالحاصل: ان فى المسأله قولين الوجوب و هو لأصحابنا و عدم الوجوب و هو لبعض العامه، و لا قائل بالاستحباب، و عن آخر من العامه التفصيل بين التغليظ الزمانى و المكانى فتجب الإجابه عليه فيه و بين التغليظ القولى فلا تجب و لعله لإطلاق أدله اليمين، و أما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى و المكانى فلان للمدعى أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعه أو الى المسجد مثلا و ليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال فى الجواهر: و فيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، قال: أما بالزمان و المكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعى.

أقول: ان التغليظ مطلقا مستحب للحاكم، و المستحب يتسامح فيه، الا أنهم دققوا النظر فى المسأله من جهه ترتب أثر النكول و عدم ترتبه على الامتناع عن الإجابه.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع» (۱) بناء على قراءته بالتشديد جواز التغليظ فى الحقوق و الأموال كلها مطلقا الا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

ص:۳۹۳

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۹.

غیره من الأماکن المشرفه، و سواء کان التغلیظ مکانیا أو زمانیا؟ الإنصاف: ان استفاده هذا الحکم الکلی من الخبر مشکل.

قال فی الجواهر: و لو ادعی العبد-و قیمته أقل من نصاب القطع-العتق فأنکر مولاه لم یغلظ، و لو رد فحلف العبد غلظ علیه لان العتق لیس بمال و لا المقصود منه المال.

الثانی: حکم ما لو حلف لا یجیب الی التغلیظ:

قال المحقق: «لو حلف لا یجیب الی التغلیظ فالتمسه خصمه لم تنحل یمینه» .

أقول: لو حلف الشخص علی أن لا یحلف الیمین المغلظه انعقدت یمینه و لو خالف وجبت علیه الکفاره، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحل یمینه، لعدم رجحان التغلیظ، بل ان مفاد بعض الاخبار کراهه الیمین المغلظه و مرجوحیتها. و لیس من شرط متعلق الیمین أن یکون راجحا-کما هو الحال فی متعلق النذر-بل یشترط فیه أن لا یکون مرجوحا.

و استحباب إحلاف الحاکم إیاه کذلک لا یلازم استحباب اجابه الحالف إلیه. أقول: لکن یمکن القول بأن أدله استحباب إجابه دعوه المؤمن و قضاء حاجته توجب زوال الکراهه و تحقق الرجحان للیمین المغلظه، نظیر الصوم المستحب حیث یترجح الإفطار منه لو طلب ذلک، و نظیر ما إذا نذر الولد ترک شیء کشرب التتن مثلا حیث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلک لان فعله حینئذ یترجح علی ترکه و من شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناك أخبارا تدل على أن الرجل لو حلف يمينا على أمر ثم رأى مخالفتها خيرا من الوفاء بها جاز له المخالفه بل استحب و لا كفاره عليه. فعن سعيد الأعرج: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و ان لم يتركها خشى أن يأثم أ يتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها» (1) .

و استدل فى الجواهر لما ذكره المحقق بأن «حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين» . أى: انه لما حلف على أن لا يجيب فقد لزمت اليمين، و حق المستحلف فى إحلافه متأخر عن لزومها، و هذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه، لانه مع فرض عدم استحباب الإجابه لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، الا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: و ما ورد من أن طرو أولويه المحلوف على تركه يبيح الحل لا يجدى، إذ لا أولويه للحالف و ان التمسه الخصم أى طلبه منه. و هذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج و نحوه الظاهر فى جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لكن فى الدروس: و لو حلف على عدمه ففى انعقاد يمينه نظر من اشتمالها على ترك المستحب و من توهم اختصاص الاستحباب

ص:٣٩٥

١- ١) وسائل الشيعه:١۶-١۴۵. الباب:١٨، كتاب الايمان.

بالحاکم. و قد اعترض علیه بقوله: و فیه أنه لا خلاف أجده فی اختصاص الاستحباب به، بل فی الریاض: نسبته الی ظاهر النص و الفتوی بخلاف من علیه الحلف فإن الأرجح له ترک التغلیظ بل الأرجح له ترک الحلف باللّه. و من هنا قال فی کشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس: و احتمال عدم انعقاد الیمین باستحباب التغلیظ فی غایه الضعف» .

قلت: لکن کاشف اللثام ممن قال بالفرق بین التغلیظ القولی و بین التغلیظ الزمانی و المکانی فاختار لزوم الإجابه فی الثانی دون الأول. و علی هذا المبنی لا مانع من القول بانحلال الیمین السابقه علی عدم الإجابه.

ثم ان الیمین تاره تکون فی المرافعات المالیه فهنا یمکن أن یقال بتخییر المدعی علیه بین الیمین و بین دفع المال المدعی، و لکن هل یمکن أن یکون الشیء الواجب بالوجوب التخییری مکروها فی نفس الوقت؟ و أخری تکون فی الجنایات فإنه إذا لم یحلف حینئذ یجری القصاص فی حقه فیکون الحلف حینئذ واجبا علیه بالوجوب التعیینی، و حیث تجب الیمین فکیف یقال بکراهتها؟ فمن هنا قال فی الجواهر: و لکن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من اشکال.

و کذا الأمر بالنسبه إلی التغلیظ، و لذا قال «قده» : بل و کذا المغلظه منها بعد أمر الحاکم بها کذلک.

قال: بل لا یخفی استبعاد رجحان التغلیظ للحاکم علی وجه

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و ان كان مخالفا للحاكم الذى لا ينبغى أن يأمره بما هو مكروه فى حقه كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص أن ما ذكره المحقق «قده» مشكل.

أقول: تاره يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه فى موضوع واحد مثل: «أنقذ الغريق، و لا تغصب» فيمن اتفق غرقه فى مكان مغصوب، و حينئذ يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

و تاره يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع و الأخر إلى ذاك الموضوع مقيدا بأن لا يتوجه اليه حكم آخر، و حينئذ لا ريب فى تقدم الحكم الأول على الثانى فى حال اجتماعهما، و من هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعه أن يزور الحسين عليه السلام فى كل عرفه ثم حصلت له الاستطاعه، و انحلال نذره المذكور، خلافا لصاحب العروه «قده» ، لان الشرط فى وجوب الحج هو الاستطاعه من حيث المال و البدن و تخليه السرب، و حيث تحقق ذلك كانت الاستطاعه متحققه و وجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجه الى ذات الحج، و الأمر بالوفاء بالنذر فى حقيقته متوجه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (۱)) .

ص:۳۹۷

و فیما نحن فیه ان کان الأمر بالحلف المغلظ متوجها الی ذات الیمین من دون قید الرجحان و کان الأمر بالتزام ما حلف علیه سابقا مقیدا بعدم استلزام ذلک لترک ما هو الراجح فإنه یتقدم أمر الحاکم بالیمین المغلظه إجابه لالتماس الخصم و تنحل الیمین السابقه.

کیفیه استحلاف الأخرس:

قال المحقق: «و حلف الأخرس بالإشاره، و قیل: وضع یده علی اسم اللّه فی المصحف أو یکتب اسمه سبحانه و یوضع یده علیه، و قیل: یکتب الیمین فی لوح و یغسل و یؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه کان حالفا و ان امتنع ألزم الحق استنادا الی حکم علی علیه السلام فی واقعه الأخرس» .

أقول: فالأقوال فی کیفیه استحلاف الأخرس مختلفه، و مستند الأخیر صحیحه محمد بن مسلم التی ذکرناها سابقا، و ربما یستظهر

هـل يشترط كون الاسـتحلاف فى مجلس الحكم؟ منها التعيين و لكن الأصـحاب لم يعلموا بها بهـذا الوصف، إذ لعل الامام عليه السـلام كان عالما بحقيقه الحال و واقع الأمر فى تلك الواقعه، و قـد يؤيـد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشـرب من دون رد لليمين على المـدعى، و قـد يقـال بكونها قضـيه فى واقعه لا سـيما بالنظر الى ما ذكر، أو أن ذلك من كيفيه من أنحاء اسـتحلاف الأخرس:

و الحق أنه لاـ يسـتفاد منهـا الحصـر، لان لفظ اليمين الـذى كتبه الامام عليه السـلام يختلف من حيث التغليظ عما جاء فى الاخبار الأـخرى، و لـذا احتـاط فى الجواهر بـالجمع بين الإشاره المفهمه التى بها يتم العقـد و الإيقاع و غيرها من الأخرس و بين الكيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء و الا فالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف فى مجلس الحكم؟

قال المحقق: «و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا فى مجلس قضائه إلا مع العذر كالمرض المانع و شبهه.» .

أقول: لقـد ادعى الإجماع على هذا الحكم، و ظاهر الجواهر أن الاسـتحلاف فى مجلس القضاء و الحكم-أى كونهما فى مجلس واحد-من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عباره المحقق هذه كقوله:

«لاـ يسـتحلف أحـد إلاـ بـاللّه.» و نحوه، و يكون نتيجه ذلك أنه لو اسـتحلفه فى غير ذاك المجلس من غير عـذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. قال فى الجواهر: و لعله لأصاله عـدم انقطاع الـدعوى بغيره بعـد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد فى تعليم ميزان القضاء

للحکام لغیر الغرض و لو للاتفاق المزبور، بل یمکن دعوی انسباق ذلک منه خصوصا النصوص المستفیضه المشتمله علی الشکوی من نبی من الأنبیاء الی اللّه تعالی من القضاء بما لم تر العین و لم تسمع الاذن فقال: «اقض بینهم بالبینات و أضفهم إلی اسمی یحلفون به» (۱) الظاهره فی مباشره ذلک بنفسه، فلا تصح الاستنابه فیه حینئذ.

لکن فی المسالک جعل المراد من العباره الکراهه، فإنه قال:

قد تقدم أن مکان التغلیظ المستحب للحاکم المسجد و نحوه، و حینئذ فالنهی عن الاستحلاف فی غیر مجلس القضاء المراد به منه الکراهه انما یتم علی تقدیر کون مجلس القضاء من أمکنه التغلیظ و الا لم یتم النفی و النهی مطلقا، أو یحمل علی یمین لا تغلیظ فیها.

بل ظاهر السرائر أن استحلافه فی مجلس الحکم من الأمور المستحبه للحاکم، فإنه قال: «و ینبغی للحاکم أن لا یحلف أحدا إلا فی مجلس الحکم.» فیکون من المستحبات مثل استحباب التغلیظ للحاکم. و بناء علیه یتوجه البحث عن استحباب ذلک للحالف أیضا و عدمه.

و لکن الأکثر علی الأول و هو جعل «لا یستحلف» عزیمه و لذا تعرضوا الی نفوذ الحکم و عدمه بدون ذلک، و لو کان مکروها أو مستحبا لم یکن لذلک البحث هنا وجه، و لما تمسکوا بالأصل أقول: الا أن الشک الذی ذکره فی الجواهر مسبب عن الشک

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۷.

فى شرطيه الاستحلاف فى مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فيكون المرجع هو البراءه و تكون النتيجه نفوذ الحكم، و أما الخبر الذى ذكره «قده» فان ظهوره فى المباشره ليس لفظيا، نعم اللازم العقلى لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشره، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشره، و حيث لا قرينه فلا حجه للمخاطب على الترك.

ثم ان بعض الأمور تقبل الوكاله عرفا كالعقود فتشملها أدله الوكاله و ان كانت أدله تلك الأمور ظاهره فى المباشره، لأن أدله الوكاله تنزل الغير منزله الوكيل، فان كان الاستحلاف منها شملته أدله الوكاله كذلك و لم يلزم مباشره الحاكم له بل يكفى استحلاف وكيله، و يكفى استحلافه سواء كان فى المجلس أو غيره عملا بإطلاق «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» ، و ان كان الاستحلاف من الأمور غير القابله للتوكيل كما هو الأصل فى العبادات فالمباشره لازمه.

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فان الأكثر-بل نفى الخلاف فيه-على أن الحاكم يستنيب من يحلفه فى مكانه، و كذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز الى مجمع الرجال فإنه يرسل الى منزلها من يستحلفها. و قيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، و قيل بالتوقف حتى يزول العذر.

ص:۴۰۱

قلت: لکن أدله الوکاله مطلقه تعم صوره الاختیار و الاضطرار فان کان الأمر یقبلها جاز التوکیل فیه مطلقا و الا فلا کذلک، اللهم الا أن یکون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، و عند الاضطرار فالقول الثانی مع فرض عدم النقص علیه و الا فالثالث، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر. و ان کان القول بعموم أدله الوکاله-إلا ما خرج بالدلیل-غیر بعید، و یشهد به تجویزهم لذلک عند الاضطرار و قد تقدم سابقا بعض الإشاره الی ذلک (۱))

ص:۴۰۲

البحث الثانی

اشاره

(فی یمین المنکر و المدعی)

قال المحقق «قده» : «الیمین تتوجه علی المنکر تعویلا علی الخبر، و علی المـدعی مع الرد و مع الشاهـد الواحـد، و قـد تتوجه مع اللوث فی دعوی الدم» .

أقول: الأصل فی الیمین أن تتوجه علی المنکر، و قـد أسـتثنی من ذلک موارد ذکر المحقق «قـده» ثلاثه منها: «أحدها» رد المنکر الیمین علی المـدعی، «و الثانی» ثبوت الدعوی بیمین المدعی مع الشاهد الواحد فی دعوی الدین، «و الثالث» ما إذا کانت دعوی المدعی فی القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه الیه الیمین علی تفصیل ذکر فی محله.

و تتوجه الیمین علی المـدعی فی الـدعوی علی المیت مع الـبینه و فی الموارد الـتی لاـ تعلم حقیقه الحـال فیهـا عـاده الاـ من قبل المدعی، کما إذا طلقت المرأه فادعت کونها غیر طاهره عند الطلاق.

و الحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، و هذا الأصل قانون كلی مستفاد من الاخبار (۱) ، و يكون المرجع فی كل مورد شک فی توجه اليمين فيه على المدعی أو المنكر. و قد جاء فی أكثر تلك الاخبار: «و اليمين على المدعی عليه» لكن الفقهاء يعبرون عنه ب «المنكر» ، و لعله من جهه أن المدعی عليه قد لا تجب عليه اليمين كما إذا أقر بما يدعيه المدعی.

و هذه الاخبار تقيد إطلاق قوله صلی اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضی بينكم بالبينات و الايمان» (۲) لو كان مطلقا.

قال: «و لا يمين للمنكر مع بينه المدعی» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص أيضا (۳) .

قال: «لانتفاء التهمه عنها» .

أقول: أی لما يقيم المدعی البينه و هی حجه شرعيه من دون ضم يمين إليها تنتفی التهمه عن الدعوی.

قال: «و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه فهو أولى باليمين» .

ص:۴۰۴

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۰، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب:۷ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوی.

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقا، فإنه مع فقد المدعى للبينه يكون المنكر مستندا إلى البراءه الأصليه، إذ الأصل براءه ذمه المنكر عما يدعيه المدعى، و حيث ادعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فان حلف سقطت الدعوى.

و أما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءه ذمه المدعى عليه، و أما «إنما أقضى بينكم.» فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء و ليس فيه تعرض الى من عليه البينه و من عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى و أما تقدم البينه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا- يصلح لا-ن يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، و ليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لو لا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفى فعل الغير و فروع ذلک

قال المحقق: «و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا الا على نفى فعل الغير فإنها على نفى العلم» .

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، و فيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفى العلم دائما، لأن

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقا كان مجرد عدم علمه بالحق كافيا لعدم ثبوته و لا حاجه الى نفيه كونه مدينا للمدعى.

و الثانى: لزوم كون الحلف على البت و القطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع و نفى العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائما مع الجزم و اليقين بنفى الدعوى مطلقا.

أقول: و الذى وجدنا فى النصوص هو الحلف و الاستحلاف على نفى المدعى، و لم نجد فى شىء منها أن يحلف على نفى العلم (۱)) و كيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفى المدعى يستلزم نفى العلم به أولا، و قد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه و أن يحلف على نفى العلم به، و أما على القول بلزوم اليمين على نفى المدعى على البت فلا يكفى اليمين على نفى العلم حينئذ.

و بناء على القول الثانى لو ادعى عليه دينا و لا بينه له وجب عليه الأداء فى صوره العلم بكونه مدينا، و مع الشك لا يجب لأصاله البراءه، فإن ادعى علمه بذلك و نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق و وجب عليه الأداء، و حينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفى العلم فى كل مورد مع أنه مخالف

لظواهر النصوص المشار إليها، و من هنا حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالما فهناك يحلف على نفى العلم.

ثم انه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه و لم يطلب منه اليمين على نفى العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفى العلم بمنزله الإنكار فان لم يكن له بينه و لم يستحلفه كانت الدعوى ساقطه.

هذا، و هنا فروع يشكل حكمها و إلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق: «فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم، و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» .

أقول: أما فى الفرع الأول فلان الابتياع مثلا ـ فعل نفسه فإذا أنكر حلف على الجزم، و أما فى الفرع الثانى فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير، فان ادعى عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا و ظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، و أما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقيه و تسمع بينه المدعى حينئذ، و سيأتى بيان ذلك قريبا.

و من الفروع ما ذكره بقوله: «و كذا لو قال قبض وكيلك» .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، و قيل لا يجوز لانه فعل الغير.

ص:۴۰۷

أقول: لكن قد يحصل له العلم و الجزم بعدم القبض و ان كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لان المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهه الجهل به غالبا، فان علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه وكيلك الساعه العاشره من صباح يوم الجمعه و قد كان الوكيل عند موكله المدعى يوم الجمعه من أول الصبح حتى الظهر مثلا، فإنه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفى القبض لعلمه الجازم بذلك.

فان لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، و كذا لا يحلف على نفى العلم ما لم يدع عليه ذلك، و حيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء وجب عليه دفع الحق.

و فى الجواهر عن كشف اللثام: «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءه. و فيه: أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل.» .

أقول: ليس فى كشف اللثام ما يفيد ذلك، و هذا نص كلامه معلقا على قول العلامه: «و لو قال قبض وكيلك حلف على نفى العلم» بقوله: «دون البت، لانه فعل الغير و ان قيل أن يده يده و قبضه قبضه» نعم فى القواعد فرع آخر ذكره بقوله: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق و ان نفى الدعوى على رأى» .

هذا، و لكن قال المحقق الآشتيانى «قده» انه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه-لا أنه يحلف لنفيه-لان علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلا مركبا، و لا يكون حجه

للحاكم حتى يحكم على طبقه.

و فيه: أنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل، فان هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفا و ان احتمل عقلا كونه جهلا مركبا، فظهر أن لـدعوى العلم بالقبض أثرا و لا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبه حينئـذ، فلما ذا لا تسـمع؟ و من الفروع ما ذكر فى المسالك و الجواهر: لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفى العلم، و من أنه عبده ما له و فعله كفعل نفسه و لذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت.

فعلى الثـانى ان لم يحلف يكون ناكلاـ بخلاف الأول فلا يكون ناكلا بعـدم الحلف، فان كان للمـدعى بينه على الجنايه فهو و الا سقطت دعواه.

و منهـا: إذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعا له مثلا حيث يجب الضـمان بإتلاف البهيمه فأنكر فهل يحلف على البت لأنه الـذى يضـمن الضـرر بتقصـيره فى حفظهـا أولاـ لأنه فعل الغير؟ قولان، و عن الشـهيد قـدس سـره: ان العبـد يخالف البهيمه من وجهين «الأـول» : ان البهيمه لاـ تضـمن جنايتهـا الاـ مع التفريط بخلافه «الثانى» : ان جنايه العبـد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضـمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أ تلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها و لا تتعلق برقبتها.

و منها: لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و يسلم المبيع فقال له المشترى: ان موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق

الحبس و أنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفى العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لا- بد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

و منها: لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشترى: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع اليه، و يحتمل الحلف على نفى العلم، لان متعلقه فعل الغير.

و منها: ما لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضا لأن الإخوه رابطه جامعه بينهما، و يحتمل قويا حلفه على نفى العلم.

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستندا الى نفسه مع الالتفات و ان لم يكن مستندا الى «غيره» .

هذا، و قد اعترض صاحب الجواهر على القول الأول بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: «و لكن تحقيق الحال فى ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقه بفعل الإنسان نفسه نفيا و إثباتا و بفعل الغير إثباتا: يمينا على البت أو ردا، و الا كان ناكلا قضى عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجديه الجواب بنفى العلم و ان صدقه المدعى فضلا عما لو ادعاه عليه أيضا، فإن جميع هذه الفروع مبنيه على ذلك، و قد تقدم سابقا فى جواب المنكر ما يستفاد منه

المنـاقشه فى ذلك و نزيـد هنا بأنه لا دليل على تسبيبها ذلك.» ثم انه «قـده» انتهى الى القول: «و بـذلك يظهر لك حينئـذ ما فى الفروع السـابقه جميعها، و أنه لا فرق فى الحكم فيها بين القول بتعلقها فى فعل الغير أو فعل المـدعى عليه فى الاجتزاء بيمين نفى العلم مطلقا أو إذا ادعى عليه، و الا كان طريق إثباتها منحصرا فى البينه.» .

لكن الأـظهر كون اليمين على البت، لاـنه مقتضـى أدله وجوبهـا على المنكر، فـان كانت الـدعوى على الواقع و هو ينكرها حلف على البت سواء كان على نفى فعل نفسه أو غيره، و ان كانت على علمه و هو ينكره حلف على نفيه كذلك مطلقا.

و لـو كـان شاكـا فى صـدق دعـوى المـدعى لم يمكنه اليمين سـواء كـانت على فعـل نفسه أو غيره، فلاـ يمكنه رد الحلـف على المـدعى، و إذ ليس للمدعى بينه على دعواه-كما هو المفروض-تسـقط الدعوى لانحصار سـبب الحكم فى بينه المدعى و يمين المنكر و كلاهما منتفيان، فان ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده و كان له الحلف على نفيه.

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البت مطلقا.

و هل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عـدم الحق فلا يسـتمع الى بينه المـدعى بعـدها أو لا؟ قال المشـهور بالأول و هو ظاهر قول المحقق «قده» : «فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم» أى: فيكفيه فاصـلا للخصومه، بمعنى أن الحاكم ان حكم على طبقها لم تسمع بينه المدعى بعدها على أصل الدعوى، لان معنى

«و اليمين على من أنكر» و «انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادعى عليه العلم و حلف على نفيه و حكم الحاكم فصلت الخصومه. على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه فى نفى دعواه علمه بالواقع، و قد دلت الاخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه ((۱)) ، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم و بصدوره تنفصل الخصومه و لا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفى العلم فإنها تسمع لأن الخصومه باقيه و ليس للحاكم إحلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعى.

و بعباره أخرى: عند ما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، و حينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفى العلم-مع حكم الحاكم-فصل الخصومه و عدم سماع البينه، فيكون الحاصل: ان الحلف على نفى العلم لا ينفى الواقع و لكنه لا يبقى المجال لان يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شىء بإقامه البينه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات و الأصول، و الا كان له الحلف على نفى الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهرى، فما هو المستفاد من الأدله؟

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۸. الباب:۹ من أبواب كيفيه الحكم.

الظاهر عدم الخلاف فی أن الید اماره علی الملکیه، فکلما کان تحت سلطنه الشخص من غیر معارض یکون له ملکا له (۱) ، و من هنا یجوز له أنحاء التصرف فیه، و یجوز لغیره الاخبار-فی غیر مورد المرافعه-عن کون الشیء ملکا له استنادا الی کونه تحت یده.

هل یجوز الحلف اعتمادا علی الید و الاستصحاب؟

و هل یجوز الحلف اعتمادا علی الید؟ قولان.

و یدل علی الجواز:

۱-خبر حفص بن غیاث عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «قال له رجل: إذا رأیت شیئا فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فی یده و لا أشهد أنه له فلعله لغیره.

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أ فیحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: فلعله لغیره فمن أین جاز لک أن تشتریه و یصیر ملکا لک ثم تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز أن تنسبه الی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبو عبد اللّه علیه السلام: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (۲) .

بل قد یستظهر من قوله «و تحلف علیه» ان کلما یجوز الحلف اعتمادا علیه تجوز الشهاده کذلک.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۴. الباب:۲۵ من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵.

۲-خبر علی بن إبراهیم فی تفسیره بسنده عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث فدک أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال لأبی بکر:

«أ تحکم فینا بخلاف حکم اللّه فی المسلمین؟ قال: لا. قال: فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت أنا فیه من تسأل البینه؟ قال: إیاک کنت أسأل البینه علی ما تدعیه علی المسلمین. قال: فإذا کان فی یدی شیء فادعی فیه المسلمون تسألنی البینه علی ما فی یدی و قد ملکته فی حیاه رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و بعده و لم تسأل المؤمنین البینه علی ما ادعوا علی کما سألتنی البینه علی ما ادعیت علیهم.» ((۱)) .

و أماره الصدق علی هذا الخبر لائحه مع حسنه سندا ((۱)) .

و یدل علی جواز الشهاده و الحلف اعتمادا علی الاستصحاب خبر معاویه بن وهب قال: «قلت له: ان أبی لیلی یسألنی الشهاده عن هذه الدار مات فلان و ترکها میراثا و أنه لیس له وارث غیر الذی شهدنا له. فقال: اشهد بما هو علمک. قلت: ان أبی لیلی یحلفنا الغموس. فقال: احلف انما هو علی علمک» ((۲)) .

و یدل علی الجواز فی خصوص الشهاده خبره الأخر: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون له العبد و الأمه قد عرف

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۴۵. الباب:۱۷ من أبواب الشهادات.

ذلك فیقول: أبق غلامی أو أمتی فیکلفونه القضاه شاهدین بأن هذا غلامه أو أمته لم یبع و لم یهب أ نشـهد علی هذا إذا کلفناه؟ قال: نعم» (1) .

لکن یعارضه المنع الوارد فی ذیل خبر آخر له و ان کان صدره دالا علی الجواز کذلک، و هذا نص الخبر بتمامه «قلت لأبی عبد اللّه علیه السـلام: الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سنه و یدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما أحدث فی داره و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فی داره شـیئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار علی ورثته الـذین ترک فی الـدار حتی یشـهد شاهـدا عـدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان، أو نشـهد علی هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل یکون له العبد و الأمه فیقول: أبق غلامی أو أبقت أمتی فیؤخذ بالبلد فیکلفه القاضی البینه أن هذا غلام فلان لم یبعه و لم یهبه أ فنشـهد علی هـذا إذا کلفناه و نحن لم نعلم أنه أحـدث شـیئا؟ فقال: کلما غاب من ید المرء المسـلم غلامه أو أمته أو غاب عنک لم تشهد به» (2) .

و هذا الذیل و الخبر المتقدم کلاهما واردان فی مورد الترافع فحمل المانع علی هذا المورد و المجوز علی أن المراد من الشـهاده فیه هو الاخبار عن الواقع استنادا الی الاستصحاب خلاف الظاهر

ص:415

1- 1) وسائل الشیعه:18-246. الباب:17 من أبواب الشهادات.

2- 2) وسائل الشیعه:18-246. الباب:17 من أبواب الشهادات.

و الاولى الجمع بينهما بحمل الخبر المانع على الكراهه لأنه ينافى رغبه الشارع و ترغيبه فى انعتاق الإماء و العبيد بشتى الوسائل مهما أمكن.

هذا كله بالنظر الى الأدله الخاصه، و يمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدله الاستصحاب و اليد، إذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، و عليه فان شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكيه بلا ريب، و كذا فى الاستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب مثلا و تجوز الصلاه فيه يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضا و لا مقيد بكونها طهاره واقعيه حتى يجوز الحلف.

ثم ان الدعوى تبرز تاره بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت و ان كانت فى الواقع متعلقه بفعل الغير كأن يقول له:

«الذى فى يدك لى» و أخرى تبرز على وجه لا يكون له ذلك، كأن يقول له: «الذى بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفى العلم.

متى يحلف المدعى؟

قال المحقق: «أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه» .

أي: لما تقدم مرارا من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «البينه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه» .

قال: «الا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول» .

أي: بناء على القول بتوجه اليمين على المدعى مع نكول

المدعی علیه و أما علی القول الأخر فیثبت حق المدعی بنکول المدعی علیه من دون یمین.

قال: «فان ردها المنکر توجهت، فیحلف علی الجزم، و لو نکل سقطت دعواه إجماعا» .

أی: و تنفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قـال: «و لو رد المنکر الیمین ثم بـذلها قبـل الإحلاـف، قـال الشـیخ: لیس له ذلـک الا برضا المـدعی. و فیه تردد منشؤه أن ذلک تفویض لا إسقاط» .

أقول: و الظاهر أنه تفویض لا إسقاط، و هو مقتضی عمومات و إطلاقات: «و الیمین علی المدعی علیه» ، إذ القدر المتیقن خروج صوره الرد مع حلف المـدعی، بـل هو مقتضـی استصـحاب جواز حلف المنکر أو بقـاء حقه فی الحلف الثـابت له قبـل الرد، و لا ینافیه ما فی النصوص من التعلیل بقوله علیه السـلام: «لأنه رضـی.» لأن المراد هو أن الیمین التی کانت برضاه تـذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بیمینه یسقطه.

قال: «و یکفی مع الإنکار الحلف علی نفی الاستحقاق.» .

أقول: قـد یـدعی المـدعی الحلف و لا یـذکر سـبب الاسـتحقاق، و قد یذکره أیضا، فان لم یذکر السـبب حلف المنکر علی نفی الحـق، و ان ذکره کـان بالخیـار، فله أن یحلـف علی نفی الحـق، و له أن یحلف علی نفی الاسـتحقاق بحیث یعم ذاک السـبب و غیره، إذ لا فرق بین

نفی عین المدعی و بین نفی الأعم.

و عن الشیخ «یلزمه الحلف علی وفق الجواب، لانه لم یجب به الا و هو قادر علی الحلف علیه» .

و لکن مقتضی إطلاقات أدله البینه هو الأول.

قال المحقق «قده» : «و لو ادعی المنکر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعیا و المدعی منکرا، فیکفی للمدعی الیمین علی بقاء الحق، و لو حلف علی نفی ذلک کان آکد لکنه غیر لازم» .

أقول: أی أنه لا خلاف هنا علی أن یقول: و اللّه لم أبرأ ذمتک، أو: و اللّه ما أقبضتنی حقی، و له أن یقول: و اللّه ان حقی باق، بخلاف الفرع السابق حیث کانت المسأله خلافیه.

قال: «و کل ما یتوجه الجواب عن الدعوی فیه یتوجه معه الیمین و یقضی علی المنکر به مع النکول کالعتق و النسب و النکاح و غیر ذلک، و علی القول الأخر ترد الیمین علی المدعی و یقضی له مع الیمین و علیه مع النکول» .

أقول: ان بعض الدعاوی تسقط مع عدم البینه و لا یمین فیها علی المنکر مثل الدعوی فی الحدود، فلو أحضر زیدا عند الحاکم و ادعی علیه شرب الخمر لم یثبت بهذه الدعوی حق فلذا لا یسمعها الحاکم، و أما لو کان له بینه علی ذلک حکم بوجوب الحد علیه.

و بعض الدعاوی یحلف المنکر فیها علی النفی عند عدم البینه مثل الدعوی علی مال أو حق.

و بعض الدعاوی وقع الخلاف فیها بین العامه و الخاصه مثل

الـدعوى على الطلاق و النكاح، فالأصـحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عـدم بينه المدعى، و خالف بعض العامه فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول عن اليمين نـازل منزله البـذل و الإباحه، و لا مـدخل لهما فى هـذه الأبواب، و خالف بعض آخر منهم، فخص التحليف فيما يثبت بشاهـدين ذكرين إلحاقا له بالحد.

و عمومـات و إطلاقـات «و اليمين على المـدعى عليه» و «على من أنكر» تبطـل مـا ذهبوا اليه، و مـا ذكر فى وجه المنع استحسان محض، و قد تقدم أن اليمين تتوجه على المنكر فى كل مورد أوجب حقا بخلاف الدعوى فى الحدود.

مضافا الى خصوص ما رووه: «ان ركانه أتى النبى (ص) فقال:

يـا رسول اللّه طلقت امرأتى البته. فقـال: مـا أردت بالبته؟ قال: واحـده فقال: و اللّه ما أردت بها إلا واحـده؟ فقال ركانه: و اللّه ما أردت بها إلا واحده، فردها اليه، ثم طلقها الثانيه فى زمن عمر و الثالثه فى زمن عثمان» (۱) حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها فى الطلاق من جهه أن قصده ذلك لا يعرف الا من قبله فلذا أمره صلى اللّه عليه و آله و سلم بالحلف.

و لكن استحلافه «ص» على أنه قصد المره-و لم يكن الطلاق ثلاثا فى المجلس الواحد مبدعا بعد-وجهه غير واضح.

۱- ۱) سنن البيهقى ۷-۳۴۲.

مسائل ثمان

المسأله الأولى

(متى تتوجه اليمين على الوارث؟)

قال المحقق «قده» : «لا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق، و أنه ترك في يده مالا» .

أقول: يشترط في صحه الدعوى على الوارث في حق على المورث أمور: «الأول» علم الوارث بموت المورث، «و الثاني» علمه بثبوت الحق على المورث و اشتغال ذمته به، «و الثالث» العلم بوجود تركه في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الأمور شرط، و لذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الأمور الثلاثه لم يكن للدعوى عليه وجه فضلا عن توجه اليمين عليه الذى أشار إليه المحقق بقوله:

«و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه» .

ص:۴۲۰

ثم قال «قده» : «و لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفى العلم.

قال: «نعم لو أثبت الحق و الوفاه و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع» .

أقول: لا اشكال فيما ذكر، لانه بعد ثبوت الحق و الوفاه بالبينه مثلا تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلقه بأمر راجع الى نفس الوارث، فان كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفى العلم.

و لكن هل الدعوى مشروطه بهذه الأمور أو أن الاستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأول كما ذكرنا، بل لا ريب فى اشتراط الأمر الأول حتى يتمكن من الدعوى، إذ تقدم فى محله أنه يشترط فى صحه الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

و لو صدق الوارث فى دعوى الجهل بكون مورثه مدينا كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، و أما لو كان متيقنا من علمه أو شك فيه جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه، و هل يحلفه على نفى العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ ان ادعى علمه بالأمور كان عليه اليمين على نفى العلم، و هل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟

قولان. و تظهر ثمره الخلاف فی البینه التی یقیمها المدعی بعدها.

و عن الشیخ: انه لا یشترط فی صحه الدعوی دعوی المدعی علی الوارث العلم، بل للمدعی إبراز الدعوی و للوارث حینئذ الحلف علی نفی العلم، فان حلف سقطت الدعوی و فصلت الخصومه، لکن قول الشیخ بجواز حلف الوارث علی نفی العلم مع عدم ادعاء المدعی علیه ذلک بعیدا جدا.

و قال المحقق «قده» : لا تتوجه الیمین ما لم یدع علمه بالحق إذ لا یحلف علی فعل الغیر. و هذه العباره مفادها عدم کون شرط الدعوی ذلک، بل شرط الاستحلاف دعوی علمه، و یکون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن کان له بینه ثبت حقه و الا فإن ادعی علم الوارث حلف علی نفیه و الا لم یحلف لانه علی فعل الغیر، و مع الحلف تنفصل الخصومه و ینقطع النزاع، و قیل: لا تسقط الدعوی بالیمین علی نفی العلم.

لکنا نقول بناء علی ما عرفت فیما مضی فی مسأله یمین الموکل انه ان کان الوارث متمکنا من الیمین علی نفی أصل الدعوی جاز له ذلک، و الا وجب علیه الیمین علی نفی العلم و ان لم یکن یدعی علیه العلم حتی و لو کان المال الذی بیده للمدعی فی الواقع، الا أن یقال بانصراف أدله «الیمین علی من ادعی علیه» عن هذا المورد لکن تقدم أن الأظهر عمومها للمورد، و أن الیمین علی نفی العلم تقوم مقام الیمین علی نفی الواقع، لان الغرض من الدعوی علی

المورث فی الحقیقه هو الدعوی علی الوارث و أنه عالم بذلک، و الا لم یکن للترافع بینه و بین الوارث وجه.

و بعباره أخری: ان الیمین علی نفی العلم أثرها سد الطریق علی المدعی بحیث لا یمکنه بعد ذلک إلزام الوارث بالحق.

و اختار صاحب الجواهر «قده» کفایه الیمین علی نفی العلم عن الیمین علی نفی الحق، و اعترض علی الأصحاب بأن الأمر مشوش غیر منقح عندهم، خصوصا بعد اقتضائه ما هو کالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوی فی غیر الوارث أیضا، کما لو ادعی مدع علی عین فی ید آخر أنه سرقه سارق و باعه أباک من دون أن یدعی علیه العلم بذلک، ضروره عدم الفرق بین الوارث و غیره فی ذلک.

المسأله الثانیه

(لو ادعی علی المملوک فمن الغریم؟)

قال المحقق «قده» : «إذا ادعی علی المملوک فالغریم مولاه و یستوی فی ذلک دعوی المال و الجنایه» .

أقول: یعنی أن المدعی علیه فی الحقیقه هو المولی، و علیه یکون العبره بإقراره و إنکاره لا بإقرار العبد و إنکاره، سواء کانت الدعوی فی المال أو کانت فی جنایه ارتکبها العبد. لکن فی المسأله تفصیل، و بیان ذلک:

انه فی کل دعوی یکون الضرر متوجها فیها علی المولی تکون العبره بإقرار المولی و إنکاره، فلو ادعی علی المملوک ملکیه مال

معين بيـده كان المولى هو المدعى عليه فى الواقع لانه الغريم، إذ العبد و ما فى يده لمولاه، فإن أقر المولى أخذ المال و دفع الى المـدعى و ان أنكر حلف، و كـذا لو كـانت الـدعوى جنـايه، فعلى القول بـأن ديه خطـأ العبـد على المولى يكون الاعتبـار بـإقرار المولى و إنكـاره، و لاـ فرق فى الجنـايه بين مـا يوجب اسـتحقاق العبـد و غيره، لاـن الغريـم هو المولى على كل حال، و أما على القول بـأن هـذه الـديه على العبـد نفسه لاـ على المولى كـانت العبره بـإقرار العبـد و إنكاره، فإن أقر صبر حتى ينعتق فيؤدى و الا حلف على النفى.

و كذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصا بعد العتق.

و لو صـدر من العبـد مـا يوجب قتله قصاصـا فى حـال رقيته فهـل المعتبر إقرار المولى و إنكاره لأنه الغريم أو يعتبر إقرار و إنكار العبد حينئذ لأنه المباشـر و المدعى عليه؟ وجهان، و تظهر الثمره فيما لو أقر المولى بالجنايه و أنكر العبد. و الأول مشـكل، لانه و ان كان هو الغريم لكن ليس المولى مالكا لحياه العبد، و قد تقرر أن من ملك شيئا ملك الإقرار به.

و لـو أقر العبـد بهـذه الجنـايه فـإن إقراره ينتهى إلى ضـرر المـولى إذ المفروض وجوب قتله فعلاـ قبـل الانعتـاق، و حينئـذ يتوجه الإشكال بأن دليل: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ليس على إطلاقه ليشمل صوره استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن فى المسأله تفصيلا، و الظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك.

ص:۴۲۴

و قد تلخص أنه يدور أمر الاعتبار بالإقرار و الإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر و الخساره على المولى يكون الاعتبار بإقرار و إنكاره و حيث يتوجه على نفس العبد بأن يؤدى الحق بعد الانعتاق كان الاعتبار بإقراره و إنكاره.

و عن القواعد: «و إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنايه، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و تثبت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق» و ظاهره وجوب اليمين على العبد و ان كان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. و فى الجواهر: و مراده على الظاهر الإشاره بذلك الى توجه سماع الدعوى على العبد منفردا أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى.

قلت: و لكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء و ليس قولا للعلامه حتى يقول و الأقرب عندى.

و يحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير، و فيه: لو كان مراده ذلك لوجهها على المولى بأن يحلف على نفى العلم.

المسأله الثالثه

(هل تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه؟)

قال المحقق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه» .

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم

المدعی البینه المعینه شرعا فی کل مورد، لان الحدود حق اللّه تعالی و قد اشترط فی ترتیب الأثر علی الدعوی فیها وجود البینه، بل انه تعالی یحب عدم تعقیب ما یوجبها و ترک إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (1) .

قال: «فلا یتوجه الیمین علی المنکر» .

و أما فی حق الآدمی فتسمع الدعوی المجرده عن البینه و یستحلف المنکر لان الیمین أحد طریقی إثبات حق الآدمی، و لذا یسقط الحق برضا صاحبه بیمین خصمه.

قال: «نعم لو قذفه بالزنا و لا بینه فادعاه علیه قال فی المبسوط:

جاز أن یحلف لیثبت الحد علی القاذف و فیه إشکال، إذ لا یمین فی الحد» .

أقول: کان ما ذکرناه فی خصوص الدعوی فی حق اللّه تعالی کحد الزنا و شرب الخمر، و لو اشترکت الدعوی بین اللّه و بین الآدمی کحد القذف کأن یقذفه بالزنا و لا بینه فهل للیمین أثر فی ثبوت الحد و عدمه أو لا؟ الصحیح هو الثانی لإطلاق النصوص الوارده فی المقام و الداله علی أنه «لا یمین فی حد» :

١) فعن البزنطی عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «أتی رجل أمیر المؤمنین علیه السلام برجل فقال: هذا قذفنی،

١- ١) وسائل الشیعه:١٨-٣٣۵. الباب:٢۴، أبواب مقدمات الحدود.

و لم تکن له بینه. فقال: یا أمیر المؤمنین استحلفه، فقال: لا یمین فی حد و لا قصاص فی عظم» (۱)) .

و هـذا الخبر ظاهر فی أن الرجل قـد ظن أن للقاذف الـذی لا بینه له أن یسـتحلف المقذوف لکونه منکرا کسائر المرافعات، فقال الامام علیه السلام: ان الیمین لا تؤثر لا فی إثباته و لا فی نفیه.

۲) عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث قال: «لا یستحلف صاحب الحد» ((۱)) .

و الظاهر أن المراد من «صاحب الحد» هو من یجب اجراء الحد علیه، و یحتمل أن یکون المراد: ان الذی یرید اجراء الحد

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۳۳۵. الباب:۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، و هو معتبر.

-و هو الامام-لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال: انه افترى على، فقال على عليه السلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال: لا. ثم قال على عليه السلام: أ لك بينه؟ قال: فقال: ما لى بينه فأحلفه لى. قال على عليه السلام: «ما عليه يمين» (۱) .

خلافا للشيخ قدس سره فى المبسوط إذ قال: «جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف» أى: ترجيحا لحق الآدمى على حق اللّه عز و جل، و من الحالف حينئذ؟ فى العباره احتمالان- «أحدهما» :

أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا و لا بينه فيدعى المقذوف عليه ذلك فينكر و يمتنع عن اليمين و يردها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردوده ليثبت الحد على القاذف «و الثانى» : أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زانى، ثم لما أريد إجراء حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك. فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحد على القاذف، فان لم يحلف لم يثبت الحد.

و كيف كان فما ذهب إليه ينافى تلك النصوص الداله على أنه لا يحلف لا فى إثبات الحد و لا فى نفيه، فان كان للقاذف بينه على

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۳۳۵. الباب:۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، فيه «غياث بن كلوب» و هو مجهول.

الزنا سقط الحد و الا ثبت، قال اللّه تعالی «وَ اَلَّذِینَ یَرْمُونَ اَلْمُحْصَناتِ .» الی آخر الآیه (۱)) .

و لیس حق الآدمی فی هذه المسأله منفصلا عن حق اللّه تعالی لیرجح فیها حقه علی حق اللّه، بل الحقان کلاهما واردان علی الحد بخلاف مسأله السرقه حیث الغرم و القطع أمران مختلفان و لذا یمکن إثبات الغرم دون القطع فی بعض صورها کما سیأتی أیضا.

المسأله الرابعه

(منکر السرقه تتوجه علیه الیمین)

قال المحقق: «منکر السرقه یتوجه علیه الیمین لإسقاط الغرم» .

أقول: قد عرفت فیما تقدم أن السرقه توجب فی حال ثبوتها أمرین: «أحدهما» حق الآدمی و هو المال المسروق، و «الثانی» القطع و هو الحد الشرعی و هو حق اللّه تعالی، و قد عرفت أنه لا ملازمه بین الحقین فقد یثبت أحدهما فی مورد دون الأخر، فمن ادعی علیه السرقه فأنکرها یتوجه علیه الیمین من جهه حق الآدمی، فإن حلف سقط الغرم.

«و لو نکل لزمه المال دون القطع بناء علی القضاء بالنکول و هو الأظهر» تبعا للمحقق و جماعه «و الا حلف المدعی» لیثبت الحق و الا سقطت الدعوی.

۱- ۱) سوره النور:۴.

قال المحقق: «و لا يثبت الحد على القولين» .

أقول: أى لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين و عدمها لا يثبت كونه سارقا بحيث يترتب عليه الحكم الشرعى المقرر.

قال: «و كذا لو أقام شاهدا و حلف» .

أقول: أى لأنه لا يمين فى حد كما تقدم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد و عدمه من هذه الجهه.

المسأله الخامسه

(لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: «لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال أسقطت البينه و قبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا. و فيه تردد، و لعل الأقرب الجواز» .

أقول: فى المسأله قولان، و الأقوى هو الجواز وفاقا للمحقق و غيره و خلافا للشيخ، و وجه التردد عند المحقق هو التأمل فى أن اقامه البينه حق للمدعى أو أنه حكم شرعى، و لو كان حقا فهل هو من الحقوق القابله للإسقاط أو لا؟ و الظاهر أنه حق لا يقبل الاسقاط، و مع الشك فى كونه حقا قابلا له يكون الأصل بقاؤه، و كذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكما، فالظاهر هو جواز الرجوع الى إقامه البينه أو إليها بعد إقامتها و قبل حلف المنكر.

و لا يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالإعراض

أو الإسـقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشـک فی بقاء تأثيرها بعـد الرجوع يستصـحب التأثير، و وجه عـدم الجريان هو أن المورد يكون من صـغريات كبری دوران الأمر بين استصـحاب حكم المخصص و التمسک بعموم العام، و قد تقرر فی محله أن التحقيق هو الثانی.

قال: «و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر» .

أی: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين علی المدعی ثم عاد الی اختيار الحلف الذی يقوم مقام الشاهد الثانی.

المسأله السادسه

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعه فروع أفتی فی الثلاثه الأولی منها بقبول قول المـدعی بلا يمين و تردد فی الرابع، لكن فی المسالک ذكر أكثر من عشرين فرعا قال فی جميعها بقبوله كذلک، فالفروع الثلاثه هی:

الأول «لو ادعی صاحب النصاب ابداله فی أثناء الحول» أی لينفی عنه الزكاه «قبل قوله بلا يمين» .

الثـانی «و كـذا لو خرص عليه فـادعی النقصـان» أی: فی الثمره المخروصه أو الزرع عمـا خرص عليه لينقص عنه ما قـدر عليه من الزكاه.

الثالث «و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول» أى:

ليتخلص عن الجزيه بناء على عدم شمول «الإسلام يجب ما قبله» (١)) لهذا المورد، و أما بناء عليه فلا يطالب بالجزيه و ان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل فى هذه الفروع عدم الخلاف كما فى الجواهر، و أن الحق فى هذه الموارد للّه عز و جل، مع أن الحق فيها لا يعلم الا من قبل المدعى.

و هناك نصوص فى خصوص بعض فروع المسأله مثل أن يقول:

«لا زكاه على» مثلا (٢)) .

و الفرع الرابع قوله: «أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، و لعل الأقرب أنه لا يقبل الا مع البينه» .

أقول: منشأ التردد هو: ان قتل الكافر الحربى حد من حدود اللّه تعالى، و قد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، و قد تقدم أن

لا یمین فی حد، و أن الإنبات لا یعلم الا من قبل الشخص، مع أن الیمین لا تقبل من غیر البالغ و هذا مشکوک فی بلوغه.

و من أن الإنبات أماره شرعیه علی البلوغ، و کونه بعلاج خلاف الظاهر، و لا یقبل قول من ادعی خلاف الظاهر الا مع البینه، و إذ لا بینه هنا فإن أقل ما تثبت به الدعوی هو الیمین، فقیل: یحلف الان لوجود الاماره الشرعیه علی البلوغ المعتبر فی صحه الیمین، و قیل:

یصبر حتی یعلم ببلوغه، و علی الأول ان حلف لم یقتل و الا قتل، و علی الثانی ان حلف سقط الحد و ان نکل کشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لکن یرد علی القول الثانی أنه ان بلغ کافرا وجب قتله و لا حاجه الی هذا البحث، و ان أسلم فإن قلنا بمقتضی «الإسلام یجب ما قبله» فلا یحلف و لا شیء علیه، و الا فإن حلف سقط الحد و ان نکل قتل.

هذا ان لم نقل بأن کون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بکونه طبیعیا و الا فإنه مع الشک فی کونه بالعلاج أو بالطبع فلا یجوز قتله و ان لم یدع الإنبات بعلاج، الا أن یتمسک بأن الأصل عدم کونه بعلاج، لکنه أصل مثبت. اللهم الا أن یکون إجماع علی وجوب قتله حینئذ.

و معنی قول المحقق: «لا یقبل الا مع البینه» انه لا یقبل مع الیمین، فإن أقام البینه قبل و الا قتل، و أشکل علیه فی الجواهر بقوله:

«لکن لا یخفی علیک ما فیه من أنه بعد تسلیم الظهور لا ینافی تحقق

الشبهه الدارئه-قال-: بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصا فی مثل الفرض» .

و هل یقبل قول مدعی الإنبات بعلاج فی غیر مورد الحد الذی أمرنا بدرئه بالشبهه؟ مثاله: لو أجری عقد بیع ثم لما حضر المشتری لتسلم المبیع ادعی کونه صغیرا فی حال اجراء العقد و أن إنبات الشعر المتحقق فیه حاصل بعلاج منه و لیس طبیعیا لیدل علی البلوغ فهل یسمع قوله لا سیما و أنه مطابق للأصل أو لا بل یسمع قول المشتری و هو مقتضی أصاله الصحه؟ أقول: أما أصاله الصحه فتجری عند الشک فی الصحه بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبره، و مع الشک فی بلوغ البائع فلا یجری هذا الأصل لأنه لا یحرز البلوغ. لکن الصحیح عدم قبول قول البائع فی هذه الصوره، لأن إنبات الشعر ظاهر فی البلوغ، و المناقشه فی هذا الظهور ممنوعه، و هو متقدم علی الأصل و الا لم تتقدم أماره علی أصل فی مورد.

قال فی الجواهر: و مما ألحق بذلک دعوی البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمکان إقامه البینه علی السن و اعتبار الإنبات لأن محله لیس من العوره، و علی تقدیره فهو من مواضع الضروره. و علی کل حال لا یمین و الا لزم الدور، لان اعتباره موقوف علی البلوغ الموقوف علی اعتباره.

أقول: صحه الیمین متوقفه علی البلوغ، و البالغ قد لا یحلف

أصـلا، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليهـا، فلاـ دور. فالـدليل على عـدم اليمين فى المقام كونه شـبهه مصـداقيه للبلوغ المعتبر تحققه للحالف فى صحه يمينه.

هـذا و قـد ذكروا فى المقـام فروعـا، و الضابـط الكلى هو: ان كان الطرف فى الـدعوى هو اللّه تعالى محضا فلا يشترط اليمين، و كذا ان كان مورد الدعوى حقا عاما للناس.

و فى المسالك: ضـبطها بعضـهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين اللّه تعالى، أو لا يعلم الا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير.

و فيه-كمـا فى الجواهر-ان ذلـك كله مع عـدم الخصومه، و أما معها فلا، فقول ذى اليـد مثلا حجه إلا إذا خوصم فحينئـذ تتوجه عليه اليمين.

المسأله السابعه

(حكم ما لو مات رجل و ظهر له شاهد بدين)

قـال المحقق: «لو مـات و لاـ وارث له و ظهر له شاهـد بـدين قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر. و كـذا لو ادعى الوصـى أن الميت أوصى للفقراء و شهد واحد و أنكر الوارث. و فى الموضعين إشكال لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها» .

أقول: فى المسأله فرعان: «الأول» -لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا و لا وارث لزيد حتى يطالبه به،

فإن أقر عمرو بالدين وجب عليه الأداء، و ان أنكر وجب عليه اليمين، فان حلف على الإنكار فلا شـيء عليه، و ان نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عـدم إمكان الرد لموت الـدائن و عدم الوارث و أنه يسـتحيل تحليف المسـلمين و الامام عليه السـلام، و عن الشيخ فى المبسوط: يحبس حتى يحلف أو يقر.

و «الفرع الثانى» : لو ادعى الوصـى على الوارث أن الميت أوصـى للفقراء كذا من ماله ثم شـهد شاهد واحد بما يدعيه الوصـى و أنكر الوارث ذلـك، فـان كان الوارث يعلم بالعـدم حلف على النفى على البت، و ان لم يعلم حلف على نفى العلم، و لو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصـى، لأنه يدعى حقا للفقراء فلا يجوز له أن يحلف عنهم، و حينئذ يحكم على الوارث بالنكول، و يلزم بدفع الحق، و قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر.

بـل لا ـ فرق فى الفرع الثانى بين أن يكون للوصـى شاهـد واحـد أو لا، لما عرفت من عـدم ترتب الأثر على يمينه، فوجود الشاهد الواحد و عدمه على السواء.

و لو ادعى الوارث على أحـد حقا لمورثه اسـتنادا الى ما وجـده مسـجلا فى ثبته، فان حلف زيـد على النفى فهو، و ان حلف على نفى العلم فكذلك، و الا فلا مجال للرد على الوارث، و عليه دفع الحق بمجرد النكول.

و كذا الأمر فى كل مورد لم يمكن فيه الرد، فإنه يحكم على

المنکر بالنکول و یلزم بدفع الحق، و أما مع إمکانه فإن حلف المدعی ثبت الحق و الا سقطت الدعوی.

و لو کان صاحب الحق الامام علیه السلام فعلی المنکر الیمین، فان لم یحلف ثبت الحق و لا یرد علی الإمام.

المسأله الثامنه

(حکم ما لو مات و علیه دین یحیط بالترکه)

قال المحقق: «لو مات و علیه دین یحیط بالترکه لم ینتقل الی الوارث و کانت بحکم مال المیت، و ان لم یحط انتقل الیه ما فضل عن الدین» .

أقول: فی الکتاب مطلقات تدل علی انتقال مال المیت الی وارثه مطلقا، مثل قوله تعالی «یُوصِیکُمُ اَللّٰهُ فِی أَوْلاٰدِکُمْ .» و قد قید ذلک فی آیات کقوله تعالی «. مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ» فیکون مقتضی الجمع: انتقال ما فضل من المال الی الوارث بعد إخراج الوصایا و الدیون. و علیه: فان استوعب الدین و أحاط بالترکه لم ینتقل الی الوارث شیء منها.

و القول بانتقالها الی الوارث یبتنی علی التجوز اما فی المطلق بأن یحمل علی الأعم من الملک المستقر و غیر المستقر، و اما فی المقید فیکون المعنی: استقرار الملک بعد الوصیه و الدین.

و مع التنزل عن هذا الدلیل و غیره فإن الأصل عدم انتقال المال الی الوارث و بقاؤه علی ملک المیت، لأن الملکیه أمر اعتباری فیجوز اعتبارها له، و مع الشک فی البقاء یستصحب، الا أن یقال

بـأن العقلاء يفرقون فی هـذا الاعتبار بين الحی و الميت، و هو بعيـد، و علی هـذا الأساس يتضـح معنی الوصـيه، فإنها فی الحقيقه تصرف المالک فی ماله بعد حياته.

و أمـا بناء علی أن الملكيه من عوارض الوجود و أنها أمر يقوم بنفس المالک فان مات زالت فلا يتم الاستصـحاب، و عليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالک، لكن يكون بحكم مال الميت و تجری عليه أحكامه.

و أمـا القول بـأن الشـک فی بقـاء المـال علی ملک الميت مسـبب عن الشک فی انتقاله الی وارثه، و مع جريان أصاله العـدم فی المسبب يزول الشک فی بقائه علی ملک الميت. ففيه: انه أصل مثبت و هو ليس بحجه.

و كيف كان فان تم هذا الأصل فهو و الا وصلت النوبه إلی الاحتياط و مقتضاه العمل طبق الوصيه و أداء الدين باذن الوارث.

قال المحقق: «و فی الحالين للوارث المحاكمه علی ما يدعيه لمورثه لأنه قائم مقامه» .

أقول: و سواء علی القولين: القول الثـانی و هو الانتقـال و القول الأـول و هو عـدم الانتقـال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالک و اما لانه قائم مقامه.

و لو ادعی ديان الميت علی المـدين فحلف علی الإنكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعـد، فان جاء الوارث و أقام البينه علی المـدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلک فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأول.

البحث الثالث

اشاره

(فی الیمین مع الشاهد)

قال المحقق: «یقضی بالشاهد و الیمین فی الجمله استنادا الی قضاء رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و قضاء علی علیه السلام بعده» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی القضاء بذلک فی الجمله، و القدر المسلم منه أن تکون الدعوی فی الدین فیشهد الشاهد و یحلف المدعی، فهذا هو القدر المتیقن من معقد الإجماع و نصوص المسأله الحاکیه لقضاء النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم و أمیر المؤمنین علیه السلام مثل:

۱) ما عن محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یجیز فی الدین شهاده رجل واحد و یمین صاحب الدین، و لم یجز فی الهلال إلا شاهدی عدل» (۱) .

۲) عن منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یقضی بشاهد واحد مع یمین

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۲. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.

صاحب الحق» ((۱)) .

۳) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام:

یقول: «کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهاده رجل و یمین المدعی» ((۲)) ۴) عن حماد بن عیسی قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: «حدثنی أبی علیه السلام أن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم قضی بشاهد و یمین» ((۳)) .

۵) عن أبی بصیر قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد. قال فقال: کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یقضی بشاهد واحد و یمین صاحب الحق و ذلک فی الدین» ((۴)) .

ثم ان کان المراد من البینه فی قول رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» و فی أخبار:

«البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» و نحوه هو ما یبین الشیء (۱)) فلا کلام، و ان کان المراد منها شهاده الشاهدین فی الواقعه

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.
۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب ۱۴: من أبواب کیفیه الحکم.
۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.
۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.

-كما هو المنسبق الى أذهان المتشرعه عند الإطلاق-فإن ثبوت الدعوى بشاهد و يمين فى بعض الموارد يكون من جهه الأدله المعتبره الداله عليه، فتكون تلك الأدله مخصصه للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهد و يمين المدعى، و من حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

و ما ورد فى بعض الاخبار المتقدمه من «كان رسول اللّه (ص) .» و «كان على عليه السلام.» ظاهر فى أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك و لم يكن قضاؤهما فى تلك الموارد خاصه بها أو نادر الوقوع.

۶) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال:

و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان اللّه يقول وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ. فقال قول اللّه «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا! ! . ثم قال: ان عليا عليه السلام كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد اللّه بن قفل التميمى و معه درع طلحه، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم

البصره. فقال له عبد اللّه بن قفل: اجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین، فجعل بینه و بینه شریحا.

فقال علی علیه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقال له شریح: هات علی ما تقول بینه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال شریح: هذا شاهد واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال شریح: هذا مملوک و لا أقضی بشهاده مملوک.

قال: فغضب علی علیه السلام و قال: خذها فان هذا قضی بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شریح و قال: لا أقضی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضیت بجور ثلاث مرات. فقال له: ویلک-أو ویحک-انی لما أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقلت: هات علی ما تقول بینه و قد قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بینه فقلت: رجل لم یسمع الحدیث فهذه واحده، ثم أتیتک بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر و قد قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده واحد و یمین، فهذه ثنتان، ثم أتیتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقلت:

هذا مملوک و ما بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلا.

ثم قال: ویلک-أو ویحک-ان امام المسلمین یؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (1) .

قلت: و شريح مخطئ من جهات أخر أيضا لم يشر الامام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «و يشترط شهاده الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين» .

أقول: لا ريب فى اشتراط ثبوت عداله الشاهد، انما الكلام فى لزوم تقدم الشهاده و ثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهاده

«و لو بدأ باليمين وقعت لاغيه و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامه» .

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهاده و اليمين، فهذا الذى لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهاده، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ، لانه المرجع فى كل مورد شك فى نفوذ الحكم فيه.

و أما الاستدلال لاشتراط تقدم إقامه الشهاده على اليمين بتقدم ذكرها عليها فى نصوص المسأله ففيه: أولا-ان التقدم الذكرى فى النصوص لا يقتضى التقدم فى مجلس القضاء و كيفيه المحاكمه.

و ثانيا: لقد ذكرت اليمين فى بعض النصوص مقدمه على الشهاده (2) .

1- 1) وسائل الشيعه:18-194. الباب:14 من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

2- 2) وسائل الشيعه:18-196. الباب:14 من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى. الحديث:16،15.

و من هنـا نقول: ان الظـاهر أن نصوص المسأله ليست بصـدد بيان الكيفيه مطلقا، بل هى فى مقام بيان أصل المطلب، و هو ثبوت الـدعوى هنـا بشاهـد واحـد و يمين المـدعى من دون تعرض الى الخصوصـيات، لكن المؤثر يقينا هو صوره تقـدم الشـهاده على اليمين، و نفوذ الحكم فى صوره العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الأصل المزبور.

و فى المسالـك: «أما اشتراط إقامه الشـهاده أولا لان المـدعى وظيفته البينه لا اليمين بالأصاله، فإذا أقام شاهـده صارت البينه التى هى وظيفته ناقصه و متممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتدأ بما ليس وظيفه و لم يتقدمه ما يكون متمما له» .

و فيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا اقامه الشاهد الواحد و اليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين و ليس فى شىء من النصوص إشاره الى أن وظيفته هنا إقامه البينه-كسائر الموارد-و أن يمينه تكون متممه للوظيفه الناقصه من جهه عدم الشاهد الأخر.

و عن كـاشف اللثـام الاسـتدلال له بأن جانبه حينئـذ يقوى، و انما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المـدعى عليه، لان النكول قوى جانبه.

و فيه: انه استحسان لا أكثر.

و الحاصل: ان المثبت للـدعوى كلا الأمرين الشـهاده و اليمين حالكونها متقدمه على اليمين، و صوره العكس مشـكوك فيها من حيث

ص:۴۴۴

النفوذ و عدمه و الأصل هو العدم، و علی ما ذکرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته یکون الغرم نصف ما أخذه المدعی من المال فی هذه الدعوی.

الکلام فی مورد قبول الشاهد و الیمین

ثم هل ثبوت الدعوی بشاهد واحد و یمین یختص بما إذا کانت فی الدین، أو تثبت فی مطلق ما کان مالا أو کان المقصود منه المال أو یثبت بذلک کل ما کان للناس من حق أو مال؟ قال بالأول جماعه، و اختار الثانی آخرون بل نسب الی المشهور و یشهد للثالث إطلاق عده من الاخبار کخبر منصور بن حازم، و خبر حماد بن عیسی، و کالاخبار الاتیه:

۱) عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یقضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق» (۱) و «کان» له ظهور فی الاستمرار.

۲) عن أبی مریم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «أجاز رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم شهاده شاهد مع یمین طالب الحق إذا حلف أنه الحق» (۲) و «أجاز» هنا بمعنی «الإنفاذ» .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۳) عن العباس بن هلال عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال: «ان جعفر بن محمد علیهما السلام قال له أبو حنیفه: کیف تقضون بالیمین مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر علیه السلام: قضی به رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و قضی به علی علیه السلام عندکم. فضحک أبو حنیفه. فقال له جعفر علیه السلام: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه. فقال: ما نفعل. فقال: بلی یشهد مائه فترسلون واحدا یسأل عنهم ثم تجیزون شهادتهم بقوله» ((۱)) .

۴) محمد بن علی بن الحسین قال: «قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده شاهد و یمین المدعی. قال و قال علیه السلام:

نزل جبرئیل بشهاده شاهد و یمین صاحب الحق و حکم به أمیر المؤمنین علیه السلام بالعراق» ((۲)) .

۵) عن جابر بن عبد اللّه قال: «جاء جبرئیل إلی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فأمره أن یأخذ بالیمین مع الشاهد» ((۳)) و هذا الخبر أیضا ظاهر فی أن الحکم الشرعی ذلک، و هو بإطلاقه یشمل المال و غیره.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.
۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.
۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

لکن لا ریب فی خروج «حق اللّه» من تحت هـذه المطلقات لصـحیحه محمـد بن مسـلم عن أبی جعفر علیه السـلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شـهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس، فأما ما کان من حقوق اللّه عز و جل أو رؤیه الهلال فلا (۱)» و المراد بضم الأخبار الأخری و الإجماع: شـهاده الرجل الواحد مع الیمین، و المراد من «الخصم» هو نفس المدعی.

و اسـتدل للقول الأول-و هو التخصیص بالدین-بعده من الاخبار المذکوره کخبر محمد بن مسلم و خبر أبی بصیر المتقدمین بل فی خبر القاسم بن سلیمان:

«سـمعت أبا عبـد اللّه علیه السـلام یقول: قضـی رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم بشـهاده رجل مع یمین الطالب فی الـدین وحده» (۲) .

و قـد حمل إطلاق النصوص السابقه علی التقییـد فی هذه النصوص و أجیب عن خبر درع طلحه-حیث کان النزاع فی العین-بأنه انما أنکر أمیر المؤمنین علیه السـلام علی إطلاق قول شـریح «ما أقضـی إلا بشاهد آخر معه» ، ضروره عدم کون خصوص المقام مما یکتفی فیه بالشاهد و الیمین من الوالی.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و قد يستشكل فى هذا الحمل بأن أخبار «الدين» تحكى حكم رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم بالشاهد و اليمين فى الدين، و هذا لا مفهوم له بل هو نظير: أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلا.

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب «الدين» (1) .

و فى الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد و عدم قوه المطلق من حيث كونه مطلقا و هما معا ممنوعان، لإمكان عدم اراده التقييد فى النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فى الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول اللّه و أمير المؤمنين صلى اللّه عليهما و آلهما بنحو القضايا الشخصيه-نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا-ثم يقول بنحو الحكم الكلى: «لو كان الأمر إلينا أجزنا. فى حقوق الناس» ، و ربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «فى الدين وحده» :

«و قضى رسول اللّه.» و لم يقل: «كان رسول اللّه يقضى.» .

---

۱ - ۱) راجع وسائل الشيعه ج:۹، كتاب الحج، الباب ۲۵ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الأحاديث:۵،۴، الباب ۲۸، الحديث:۹.

هذا كله بعد الإغضاء عن قصور السند فی بعض الاخبار التی أخذت مقیده للإطلاقات (۱)) .

و بعد، فان مقتضی الإطلاقات هو عدم التخصیص بالدین و الحکم بالشاهد و الیمین فی غیره من الحقوق المالیه، و هل یجوز التعدیه عنها الی مطلق حق الناس؟ ان مقتضی الإطلاقات هو ذلک، لکن المشهور علی خلافه، و لعل وجه تقییدهم بالحقوق المالیه ما روی مرسلا عن ابن عباس: «ان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم قال: استشرت جبرئیل فی القضاء بالیمین مع الشاهد فأشار علی بذلک فی الأموال و قال: لا تعدو ذلک» لکنه-کما فی الجواهر- لیس هو من طرقنا و لا معروف النقل فی کتب فروعنا. فالأولی ما ذکره قدس سره من احتمال فهم الأصحاب «المال» من نصوص «الدین» لا خصوص المعنی المصطلح، فالمراد من «الدین وحده» هو «المال وحده» فتخرج الحقوق التی لیست بمال، و أما «حقوق الناس» فی صحیحه محمد بن مسلم فینصرف الی الحقوق المالیه فلا إطلاق له. و کیف کان فلا ریب فی ثبوت الحق بشاهد و یمین إذا کان مورد النزاع عینا.

كما لا ريب فى كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد فى الشهاده للنصوص الداله على ذلك، و منها:

۱) عن منصور بن حازم: «ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» (۱) أى: فهو نافذ.

۲) عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام «ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف باللّه أن حقه لحق» (۲) .

ثم انه-بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت فى الحقوق الماليه-لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالا و بين أن يكون من الحقوق التى تترتب عليها آثار ماليه و لذا ذكر المحقق «قده» أمثله من القسمين ثم ذكر الضابط فى المسأله قال:

«و يثبت الحكم بذلك فى الأموال كالدين» فإنه حق مالى صرف «و القرض» فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقا ماليا له على ذمته «و الغصب» كذلك، فإنه و ان كان مغايرا للمال مفهوما، لكنه لما يدعى عليه غصب شىء له فإنه يستلزم كون ذلك الشىء

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۷. الباب:۱۵ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى، و هى صحيحه.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۸. الباب:۱۵ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى، و هى صحيحه.

ملکا له «و فی المعاوضات» یثبت الحکم أیضا، فإن المقصود فیها هو المال «کالبیع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الوصیه له» فی مال عینا أو دینا «و الجنایه الموجبه للدیه کالخطإ» فمن ادعی جنایه فقد ادعی موضوع الدیه، فهی حق یقصد بها المال، أما لو کانت جنایه موجبه للقصاص فلا، لان القصاص حق و لیس مالا «و عمد الخطأ، و قتل الوالد ولده و الحر بالعبد» إذ تثبت الدیه دون القصاص فإنه لا یقتل الوالد بالولد و الحر بالعبد، «و کسر العظام» حیث یتعذر القصاص و تجب الدیه فتکون الدعوی مالیه «و الجائفه» و هی الجنایه التی تصل الجوف «و المأمومه» و هی التی تصل أم الدماغ.

قال «قده» : «و ضابطه ما کان مالا أو المقصود منه مالا» أی:

بخلاف القصاص و نحوه.

لکن قد وقع الکلام بینهم من جهه أخری، و هی أنه هل یلزم أن یکون المقصود بالذات المال أو یکفی ترتب الأثر المالی مطلقا و ان لم یکن هو المقصود بالذات؟ و لذا اختلفوا فی بعض المصادیق کالنکاح، فقد قال المحقق:

«و فی ثبوت النکاح تردد» .

أی: لتردد المقصود بالنکاح بین کونه مالا و غیر مال، فان قلنا بالثبوت حتی فی صوره کون ترتب المال من اللوازم البعیده ثبت النکاح بالشاهد و الیمین، لان المهر و النفقه-ان کانت الدعوی من الزوجه-وارث الزوج مال الزوجه بعد موتها-ان کانت الدعوی من الزوج-من الآثار المترتبه علی النکاح و ان کان المقصود منه بالذات

ص:۴۵۱

هو التناسل و اقامه السنه و كف النفس عن الحرام، و النفقه و المهر تابعان (۱)) .

قال «قده» : «أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه اليه و عيوب النساء فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادعاه الزوج يثبت بالشاهد و اليمين لدخوله فى الضابط الذى ذكره من جهه أنه مشروط ببذل الزوجه مالا الى الزوج ليطلقها به، فحيث يدعى الرجل ذلك فإنه يدعى حقا ماليا.

ص:۴۵۲

قال: «و فی الوقف إشکال منشؤه النظر الی من ینتقل، و الأشبه القبول لانتقاله الی الموقوف علیهم» .

أقول: هذا فی الوقف الخاص، و أما العام فلا تتضمن دعواه المال، لان الموقوف بالوقف العام لا مالک له بل یکون کعتق العبد للّه، و لو قلنا بالانتقال فیه الی الموقوف علیهم فإنه یتعذر حلف جمیعهم و لا فائده فی یمین بعضهم.

أقول: و صفوه الکلام فی هذا المقام هو: أن الأصل الاولی هو عدم ثبوت شیء إلا مع العلم، ثم ان قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» أصبح أصلا ثانویا، فتقبل کل دعوی أقام المدعی فیها البینه علی دعواه و یحکم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئیل علیه «ص» بالشاهد و الیمین-فیجوز أن یکون حاکما علی الحدیث السابق، و أن یکون مقیدا له فیکون الحصر فیه إضافیا-ثم قید إطلاق قبول الشاهد و الیمین بحقوق الناس، فلا یقبل ذلک فی حقوق اللّه تعالی، ثم وقع الخلاف بینهم فی المراد من «حقوق الناس» و قد تقدم عدم جواز التعویل علی ما روی عن ابن عباس-فان تم ما ذکرنا من انصراف «حق الناس» الی «الحق المالی» فهو، و الا فهی شبهه مفهومیه مردده بین الأقل و الأکثر، و الأقل هو المتیقن، و المرجع فیما زاد عنه هو «انما أقضی بینکم.» فیقبل الشاهد و الیمین فی کل ما کان مالا من حقوق الناس.

و «الحق المالی» أیضا مردد بین ما هو حق مالی بالذات و ما

هو حق مالی مطلقا-سواء کان مالا بالـذات أو بالتبع-و هنا أیضا یؤخذ بالقدر المتیقن-و هو الحق المالی بالمقصود بالذات-و ان لم یکن عنوان الدعوی مالا مثل البیع، و لذا قال فی الجواهر:

«و من الغریب اتفاقهم علی خروج الوکاله عن المال و ان کانت بجعل و کذا الوصیه و اختلافهم فی العتق» .

و أما فی موارد الشـبهه المصـداقیه، فلا یؤخـذ فیها بعموم العام بل المرجع هو الأصل. نعم للمتداعیین العمل بالاحتیاط فی صوره الشک.

حکم ما لو کان المدعی جماعه و الشاهد واحد

قال المحقق: «و لا تثبت دعوی الجماعه مع الشاهد الا مع حلف کل واحد منهم» .

أقول: هـذا لا اشـکال فیه، لان الـدعوی حینئـذ تنحل إلی دعاوی متعـدده و ان کانت شـهاده الشاهـد الواحد کافیه لجمیعها، فان حلف جمیع أفراد الجماعه ثبتت الدعوی «و لو امتنع البعض ثبت نصیب من حلف دون الممتنع» لان مقتضی الأدله السابقه ثبوت الـدعوی المالیه بالشاهد و یمین المدعی، فمن حلف مع الشـهاده ثبت حقه و کان له استیفاء سـهمه سواء کانت الدعوی فی حق الإرث أو حق الشرکه، و من امتنع من الحلف فلا یثبت له شیء، و هنا فروع:

«الأول» : هل نکول الممتنع عن الحلف هنا یکون کنکول المدعی عن الیمین المردوده فی سقوط الدعوی فلا یترتب علی

امکان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

أقول: انما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء مثلا فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الإن و شهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلانا مات و له عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء و لا يتوقف مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بينته. و لعل هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام.

«الرابع» : لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه و ان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل فى صوره تكذيبه الدعوى.

«الخامس» : لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهاده الشاهد و يمينه أو مطلقا، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال الى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الا ن، و وجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعيه الا ن دعوى جديده فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق- الا إذا أثبت المدعى عليه الانتقال-و هل يلزم إعاده الشهاده كذلك؟ قال العلامه: الأقوى نعم.

أقول: ان كانت هذه دعوى جديده بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلا بد من اقامه الشهاده أيضا، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه، و ان لم تكن دعوى

جدیده فلا وجه لاشتراط تجدید الیمین، ففیما ذکره العلامه و غیره هنا تأمل.

عدم جواز الحلف من غیر علم:

قال المحقق: «و لا یحلف من لا یعرف ما یحلف علیه یقینا» .

أقول: لا یجوز الحلف من غیر علم مطلقا و لا سیما فی مورد المرافعه، و یدل علی ذلک النصوص الصریحه مثل:

۱-ما عن هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یحلف الرجل الا علی علمه» (۱) .

۲-و عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یستحلف الرجل الا علی علمه» (۲) .

۳-و عن یونس عن بعض أصحابه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یستحلف الرجل الا علی علمه و لا تقع الیمین الا علی العلم استحلف أو لم یستحلف» (۳) .

قال فی الجواهر بعد عباره المتن: «و ان کان هو مقتضی الأصول العقلیه» قلت: لعل مراده ما فی القواعد و غیره من أن من شرط الیمین الجزم و الجزم لا یتحقق الا مع العلم.

هذا، و قد تقدم الکلام علی أنه هل تجوز الیمین بمقتضی الید

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۵۰. الباب:۲۲ کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۵۰. الباب:۲۲ کتاب الایمان.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۵۰. الباب:۲۲ کتاب الایمان.

كما تجوز الشهاده أو لا؟ و قد قلنا بجوازها فى كل مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استنادا الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه.

و هل يحلف على أنه ماله واقعا أو أنه له بحسب الحكم الظاهرى؟ ان حلف على أن ما بيده ملك له واقعا استنادا الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب فى هذا المورد، و أن أريد الملكيه الظاهريه لزم التخصيص فى الأصل العقلى و النصوص الوارده فى المسأله لعدم الجزم المعتبر فى اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: انا نقول بالتخطئه فى الأحكام الواقعيه و الظاهريه معا، و الحكم الظاهرى يمكن تعلق العلم به مع الشک فى الحكم الواقعى، و حينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهرى، فمرادهم من «لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استنادا الى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائى للمورث.

قال فى الجواهر: أما لو شهد له به شاهدان فقد يقال بالجواز لأنها حجه شرعيه، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعتبر فى الحلف.

و فيه-أولا: ان الفرق بين اليد و البينه غير واضح، و ثانيا:

قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهرى، و على

هذا فلا فرق بين اليد و الاستصحاب.

و الملكيه الظاهريه هی المراد من روايه حفص بن غياث (1) .

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:

قال المحقق: «و لا يثبت مالا لغيره» .

أقول: قال فی الجواهر: و ان تعلق له به حق، بلا خلاف بل قد يظهر من المسالك و غيرها الإجماع عليه.

و يدل على ذلك مع ما ذكر ظواهر أدله القضاء كقوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضی بينكم بالبينات و الايمان» ، فإنه ظاهر فی كون البينات و الايمان هی ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، و هو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره.

قال فی الجواهر: لكن فی كشف اللثام: الا الولی لمال المولی عليه، فان الحالف اما المنكر و اما المدعی له، أما الولی فقوله بمنزله قول المولی عليه. قال: و لم أجده لغيره بل إطلاقهم يقتضی خلافه.

قلت: لكن لم نجد هذا الكلام فی كشف اللثام، بل قد صرح بأن القيم لا يجوز له الحلف، نعم فيه جواز حلف المولى لمال العبد.

قال المحقق: «فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت و ان امتنع لم يحلف الغريم» .

أقول: و على ما ذكرنا فلو مات المدين و لا تركه له، و قد عرف الدائن مدينا للميت و له على حقه من الميت شاهد واحد فهل

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۵. و قد تقدم نصها فی الكتاب.

له أن يحلف عند المدين الثانى مع شهاده الشاهد حتى يستوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه ان حلف الوارث و أما يمينه هو فلا أثر لها لأنها فى مال الميت و ان تعلق له به حق، و ترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبنى على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، و لو كان الدين مستوعبا لم يجز له التصرف فى شىء من المال، فإنه بناء على هذا يكون يمين الوارث فى ماله لا فى مال الغير.

و تعرض فى الجواهر إلى مسأله الوصيه من جهه أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الأثر على يمين الوارث دون الغريم، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال فى مورد معين و لم يترك مالا يفى لتنجيز الوصيه، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال، فقيل: الوصيه بحكم الدين فى ترتب الأثر على يمين الوارث فقط، و فى الجواهر: ان كانت الوصيه كليه غير متعلقه بالمال فهى كالدين، و ان كانت متعلقه بالمال-و لو بعنوان الكلى فى المعين كالعشره دنانير من المال، أو الحصه المشاعه- فالحكم يبتنى على القول بانتقال ما للميت الى الوارث بالموت و عدمه.

أقول: الوصيه (تاره) تتعلق بالفعل-و ان كان مشتملا على المال-فهنا صورتان:

«فالأولى» : أن يكون مراد الموصى صرف كذا من ماله قبل انتقاله الى الوارث. فبناء على أن الملكيه أمر اعتبارى يكون المال للميت و على الوصى صرف المال الذى أوصى به فى المورد الذى

عینه، و فی هذه الصوره لا یحلف الوصی و لا الوارث و لا الموصی له، لان المفروض کون المال للمیت و حلف کل واحد من هؤلاء یکون فی مال الغیر فلا أثر له.

و کذا الأمر بناء علی القول ببقاء المال فی حکم مال المیت.

و «الصوره الثانیه» : أن تکون الوصیه بنحو ترتب نفوذها علی انتقال المال الی الوارث، أی یکون تملک الوارث له مقدما فی الرتبه علی تملک الموصی له، ففی هذه الصوره یحلف الوارث أو الوصی.

و بناء علی کون المال الموصی به فی حکم الدین-بمعنی جعل المورث علی ذمه الوارث کذا من المال بأن ینتقل الیه بحکم الإرث ثم تکون ذمته مشغوله بصرف ما عینه المورث فی کذا بحکم الوصیه- فلا إشکال فی أنه یحلف حینئذ.

و أما لو کانت الوصیه مضافه الی المال بنحو الحصه المشاعه فلا یحلف.

(و أخری) تکون الوصیه بنحو النتیجه، کأن یوصی بأن کذا من المال لزید بعد وفاتی، فإن قبل الموصی له الوصیه فلا أثر لحلف الوارث بل المؤثر یمین الموصی له لان المال ملکه، سواء کان بنحو المشاع أو المفروز أو الکلی فی المعین، و سواء قلنا بأن المال یکون بعد الموت فی حکم مال المیت ثم ینتقل الی الموصی له بحکم الوصیه، أو قلنا بانتقاله الی الوارث بالإرث ثم الی الموصی له، أو قلنا بانتقاله الی الموصی له رأسا. و ان لم یقبل الموصی له

الوصـيه فهنـا تأتى الأقوال، و على كل حال فليس له أن يحلف، و أما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول.

و كـذلك الكلاـم فى المـال الـذى تعلق به الخمس أو الزكـاه ثم خرج المـال من تحت يـد صـاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلاـ بـذمه الميت فلا يحلف مسـتحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث، و ان قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هـذا، و حيث لاـ يحلف الغريم فهـل له إحلاـف المـدعى عليه؟ قال فى الجواهر: نعم، لان الـدليل على عـدم حلفه هو الإجماع و انصـراف الأـدله، و أما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المـدعى عليه برأت ذمته و ان نكل ثبت الحق بمجرده ان لم يمكن الرد.

و أما الوارث الـذى له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال فى الجواهر: لا، لعـدم الـدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه و أراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلک و لكنه ليس بواجب.

و على القول ببقـاء المـال فى ملک الميت أو فى حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، و هنا قال فى الجواهر: اللهم الا أن يقال انه قـد ورث حق الـدعوى به و ان صار بعـد الثبوت على حكم مال الميت و لا تعلق للوارث به. و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلک محررا فى كلام الأصحاب.

قلت: و ما أشار إليه من التأمل فى هذا الاحتمال هو الظاهر، لان حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبه على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبه الى مال الغير إلا فى صوره الوكاله عنه.

و لو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، و لكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف و ثبت الحق و استوفاه الوارث فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم لان سقوط الحق من جهه لا ينافى عدم سقوطه من جهه أخرى.

قال المحقق: «و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لإثبات مال الغير» .

أقول: هذا واضح و لا اشكال فيه، نعم لو ادعى رهانه المال و أراد إثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد و اليمين و ان كان المال ملكا للغير، إذ المفروض إراده إثبات الرهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:

قال: «و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى و قسم بينهم على الفريضه.» .

أقول: ان حلف الجماعه كلهم أخذوا المال المدعى و قسموه بينهم حسب الفريضه سواء كان المال عينا أو دينا.

«و لو كان وصيه قسموه بالسويه الا أن يثبت التفضيل» من الموصى.

و انما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده.

ص:۴۶۳

«و لو امتنعوا لم يحكم لهم» و هذا واضح و لا اشكال فيه.

و لو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

«و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه» .

يعنى سواء كان المـدعى به فى الأصل دينا أو عينا، و قيل: يكون له معه شـركه مطلقا، و قيل: بالتفصـيل بين الـدين فلا يشاركه و بين العين فله معه شركه.

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجيه و إثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، و ليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المـدعى عن اليمين المردوده فى سـقوط الـدعوى، فلو غصب غـاصب عينـا مشتركه بين أخوين فقال لأحـدهما: انى أريد غصب سـهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعا و لا حق للغاصب فى افراز السـهم إجماعـا. هـذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معا و الغاصب الى الحاكم، فحلف أحـدهما دون الأخر فقيل باشتراكهما فى النصف الـذى يأخـذه الحالف كالنصف الباقى بيد الغاصب، لان نكول الممتنع لا يسـقط حقه و يمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الأخر فالشـركه باقيه، و قيل: بعدم الشركه مطلقا-أى سواء فى العين أو الدين-لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكا له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف-و قيل:

بالتفصيل بين العين و الدين، فلا شركه فى الدين لانه بالقبض يفرز

سهم کل واحد عن سهم الأخر فيكون ما قبضه الحالف ملكا له.

و لو أقرض رجلان مالا مشترکا بينهما رجلا، کان له تبديل الکلى فى ذمته بمال معين فى الخارج فيكون مشترکا بين الدائنين، و لکن ليس له دفع نصف الـدين إلى أحـدهما، لأـن حق أحـدهما لاـ يتعين دون الأـخر و ان أذن، بـل يكونان شـريكين فى ذلک النصف، فان وقع النزاع بينهم و ترافعوا الى الحاکم فحلف أحـد الشـريكين و امتنع الأخر ثبت نصف الدين الکلى بحکم الحاکم لکن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الأخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج و لا يتعين الا برضا الشريكين.

ثم انه أشـکل فى المسالک على المحقق فى شرح عبارته المذکوره: «و قد يشکل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعيا على آخر مالا و ذکرا سببا موجبا للشرکه کالإرث فإنه إذا أقر لأحدهما شارکه الأخر فيما وصل اليه.

فخص بعضـهم هـذا بالدين و ذاک بالعين، لان أعيان الترکه مشترکه بين الورثه و المصدق معترف بأنه من الترکه بخلاف الدين فإنه انما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشارکه الأخر فيه.» .

و لم يفرق فى الجواهر بين العين و الدين حيث قال: «و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سـبب الشـرکه فيهما، إذ الـدين عين أيضـا الاـ أنها کليه.» أى: کما لا ينفرز الحق فى الشـىء المشترک فى الخارج الا مع رضا الشـريک فان ما فى الـذمه کذلک،

فیکون الخارج مصـداقا لما فی الـذمه و مشترکا، و لو أوجـد فی الخارج باذن الشـریک مصداق نصف ما فی الذمه کان مشترکا بینهما، فلو لم یأذن الشریک فی جعل المصداق لم یکن للمدین ذلک.

لا یقال: إذا کان کذلک لزم ثبوت ما للغیر بیمین غیره.

لأنا نقول: ان المـدین بعـد الشـهاده و الحلف یدفع نصف الحالف الیه، لکن الحالف الأخذ للنصف یعلم و یقر بمشارکه أخیه له فی ذلک بحکم الإرث.

هذا و قال المحقق «قده» فی کتاب الشرکه: «إذا باع الشریکان سلعه صفقه ثم استوفی أحدهما منه شیئا شارکه الأخر فیه» .

و فی الإقرار: «لو أقر بعین أو دین و دفع مقدارا تشارک الشریکان فی ذلک المقدار» .

هل للممتنع عن الیمین شرکه مع الحالف؟

و هنا قال: «و لو حلف بعض أخذ و لم یکن للممتنع معه شرکه» .

و من هنا یظهر أن رأی المحقق یختلف، ففی صوره التنازع یفتی بعدم الشـرکه و فی صوره عدمه یقول بالشـرکه، و یدل علی ما ذکره فی کتاب الشرکه روایات:

۱) عن أبی حمزه قال: «سـئل أبو جعفر علیه السـلام عن رجلین بینهما مال منه بأیدیهما و منه غائب عنهما، فاقتسما الذی بأیدیهما و أحال کل واحد منهما من نصیبه الغائب فاقتضی أحدهما و لم یقتض

آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» ((۱)) .

۲) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام مثله الا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما» ((۲)) .

۳) عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقتسما العين و الدين فتوى (۱)) الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذى للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله» ((۳)) .

و قال فى الجواهر فى شرح العباره: «لكن هذه النصوص بل و المتن و ما شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، و ما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك بالقبض و لو زعم القسمه الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشركه المقبوض، انما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب الى المشهور أن للشريك مشاركه الأخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول أن أجازه ملكه و تبعه النماء و ان رده ملكه الدافع و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۳-۱۷۹. الباب:۶ كتاب الشركه.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۳-۱۷۹. الباب:۶ كتاب الشركه.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۳-۱۸۰. الباب:۶ كتاب الشركه.

الشریک کما فی المسالک، بل فی التذکره التصریح فی تعین حقه به و لا یضمنه للشریک، و قد أطنب فی المسالک فی تحقیق ذلک و أنه من الفضولی، و أن ذلک هو المراد من قولهم تخیر الشریک بین الرجوع علی الغریم و بین الشرکه فیما قبضه شریکه.

و الجمیع کما تری لا ینطبق علی القواعد الشرعیه، و ذلک لانه و ان اتجهت الشرکه مع اجازه القبض لهما بناء علی تأثیر مثل هذه الإجازه فی مثله، و ان کان فیه إشکال أو منع من وجوه بل لم نجده فی المقام لغیر ثانی الشهیدین، لکن اختصاص القابض و ملکه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حینئذ بقاؤه علی ملک الدافع، و ذلک لان القابض لیس له الا نصف المال المشاع بینه و بین شریکه، و مع فرض عدم اجازه الشریک لم یکن المال المقبوض مال الشرکه، و نیه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فی ذلک و ان وافقتها نیه القابض، بل لو رضی الشریک بکون ذلک حصه القابض، و ما فی ذمه الغریم حصه له لم یجد لعدم صحه مثل هذه القسمه.

و دعوی جوازها لکنها مراعاه بقبضه فان حصل تمت و الا رجع علی القابض، و شارکه فیما قبضه تهجس بلا دلیل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمه الدین، و للمعلوم من أنه مع عدم اجازه القبض علی وجه یکون به المقبوض مالا للشرکه لا یکون کذلک، فکیف یعود الیه بعد عدم القبض، و حینئذ فان لم یکن ثمه إجماع أشکل الحکم بملک القابض جمیع ما قبضه بعد عدم الإجازه بل و لا بعضه، اللهم الا أن یقال انه برضا الشریک یکون

المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركه، بل هو فی الحقیقه إجازه لذلک» .

اذن قد فرق المحقق و جماعه بین مورد الدعوی و غیره، و لذا أشکل فی المسالک الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصیل بین الدین و العین، و قد أشکل فی الجواهر علی هذا الفرق.

و عن جماعه التفریق بین الإقرار و بین المقام، و أشکله فی المسالک بأن سبب الملک فی المقام لیس هو الیمین بل الأمر السابق من إرث أو وصیه. و یکون أثر الیمین من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم فی المال برجوعه إلیهم.

هذا و فی الجواهر: «نعم لو أراد الاستقلال بذلک صالحه عن حصته المشاعه بعین أو حول علیها علی إشاعتها أو نحو ذلک مما ذکرناه فی وجه اختصاص بعض الشرکاء عن بعض حتی فی العین» .

و الظاهر أن مراده من «أو حول علیها» أن یحول شریکه علی شخص آخر فیتقاضی منه ما یقابل حقه فی هذا المال فیختص به عن شریکه و لا یطالبه شریکه بحقه فیه.

قال: نعم قد یتجه اختصاص الشریک فی الدین و العین بما یقبضه منهما إذا لم یعلم بقاء سبب الشرکه لاحتمال الإبراء من شریکه أو نقله بحصته علی الإشاعه أو نحو ذلک، و العلم السابق بحصول الشرکه لا یقتضی التشریک فیما یدفعه المدیون أو من فی یده العین منها.

أقول: یمكن أن یقال بأن الشك فی بقاء الشركه مسبب عن الشك فی نقل الشریك حصته مثلا، و جریان الأصل فی السبب لا یثبت بقاء الشركه فی المال الا علی القول بالأصل المثبت، و هذا هو مراد صاحب الجواهر، و لكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركه فی هذه العین فلا یشاركه أخوه فیها، فالاستصحاب فی العین تام و فی الدین مشكل لشبهه الإثبات.

قال: «مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع» .

أقول: انه إذا حلف أحد الشریكین یقول الحاكم للمدیون ادفع الیه حقه، فان علم الأخذ ببقاء حق شریكه وجب علیه إعطاؤه حقه، و ان كان شاكا فكذلك للأصل، فقوله أراد بعدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع عدم ثبوتها فی العین فهو غیر تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضی بیمینه أو نكل عن یمین ردت علیه أو نحو ذلك.

أقول: یعنی إذا وقع النزاع فی الإبراء فادعاه المدیون و أنكره هو فرضی بیمین المدیون، فإذا حلف سقط حقه، و كذا لو رد المدیون الیمین علیه فنكل عنها، فإنه یثبت بذلك عدم الشركه بظاهر الشرع.

هذا و یختص المال بالحالف مع غیبه الشریك و ان جاء و حلف، فلا یشارك أخاه فیما أخذ بل یثبت بحلفه حقه علی المدیون، و لو كان ثمه شركه له فیما أخذه لترتب علیها آثارها كالشركه فی النماء الحاصل بید الشریك و ضمانه فیما لو تلف المال بیده.

ص:۴۷۰

حکم ما لو کان فی المدعین صغیر

قال المحقق: «و لو کان فی الجمله مولی علیه یوقف نصیبه فان کمل و رشد حلف و استحق و ان امتنع لم یحکم له» .

أقول: لقد تقدم أنه لا- یحلف أحد فی مال غیره، و علیه فلا یحلف ولی الصغیر مثلا فی مال الصغیر، بل یصبر حتی یکبر فان حلف مع شهاده الشاهد ثبت حقه و ان امتنع فلا.

و هل یجوز توقیف مال المدیون أو تکفیله حتی یکبر الصغیر؟ قیل: نعم ان کان المال عینا، و الأظهر هو العدم مطلقا لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: «و ان مات قبل ذلک کان لوارثه الحلف و استیفاء نصیبه» .

أقول: و ان مات الصغیر قبل الکبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفی نصیبه، و هل یحتاج إلی إعاده الشهاده؟ الأقوی:

العدم مطلقا، خلافا لمن فصل بین ما إذا کان العنوان الإرث فلا حاجه و ما إذا کان العنوان الوصیه فیلزم.

هذا کله فیما إذا أرید إثبات الحق بالشاهد و الیمین، و لو أن بعض الجماعه أقام البینه علی دعواه و حکم الحاکم بثبوت الدعوی فإنه یثبت کون المال الموجود بید المدعی علیه للمیت-ان لم یدع الإبراء أو نحوه-و بذلک یثبت حق جمیع الورثه، و لو تمکن من أخذ بعض المال اشترکوا معه فیه کذلک، فلا- تکون البینه حجه لمن أقامها فقط، لکونها طریقا الی الواقع و کاشفه عنه و لازمها

اشتراک جمیع الورثه فی المال حتی الغائب و المجنون و لازم البینه حجه.

و أما فی الدین فان تطبیق المدیون المال علی عین خارجیه موقوف علی اذن جمیع الورثه، و أما المجنون و الغائب فیأذن الحاکم عنهما من باب الولایه، و بناء علی هذه الولایه فللحاکم أن یرافع من قبل الصغیر الذی یکون تحت ولایته بأن یقیم البینه علی حقه مثلا، و أما بناء علی عدم هذه الولایه فإنه یصبر حتی یکبر الصغیر و یطالب بحقه بنفسه.

ص:۴۷۲

مسائل خمس

المسأله الأولى

(حكم ما لو قال: هذه الجاريه مملوكتى و أم ولدى)

قال المحقق «قده» : «لو قال: هذه الجاريه مملوكتى و أم ولدى حلف مع شاهده و ثبت رقيتها، دون الولد لانه ليس مالا و يثبت لها حكم أم الولد بإقراره» .

أقول: لو كانت جاريه فى يد شخص فادعى أحد أنها له و هى أم ولده فدعواه تشتمل على جهات «الاولى» كون الجاريه مملوكته و «الثانيه» : أنها أم ولد، و «الثالثه» : لحوق الولد به، و «الرابعه» :

حريه الولد.

فإن أقام شاهدا على دعواه و حلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان «إحداهما» : كون الجاريه مملوكته، لان الجاريه مال و قد تقدم ثبوت الحق المالى بالشاهد و اليمين، و «الثانيه» : كونها أم الولد لانه قد أقر بذلك، و حينئذ يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز

بیعها و عدم انتقالها إلی الورثه بموته و غیر ذلک من الاحکام.

و أما «الجهه الثالثه» فلا تثبت بالشاهد و الیمین لان الولد لیس مالا.

و أما «الجهه الرابعه» و هی حریه الولـد-فلا تثبت بالشاهد و الیمین کذلک لأنها لیست بمال، الا أن یقال بأن مورد تأثیر الشاهد و الیمین هو الأعم من صوره إثبات المالیه و صوره نفی المالیه لإطلاق الأدله، و فیما نحن فیه حیث ینکر من بیـده الولد حریته فهو علی هـذا التقـدیر مال، و الذی یدعی حریته ینفی مالیته، فإذا کانت أدله الشاهد و الیمین مطلقه أثرت الشـهاده و الیمین من هذه الجهه أیضا و حکم بحریه الولد.

لکن هـذا یتوقف علی إطلاق الأدله بل الأظهر ان هـذه الأدله وارده فی مورد إحقاق المدعی حقه بالشاهد و الیمین، و أما إنکار حق للآخر فهی منصـرفه عنه، و مع التنزل عن ذلک فإنه لو شک فی ذلک کان الحکم عـدم ثبوت الحریه بالشاهـد و الیمین، بل لا بد من اقامه البینه.

و أما الحکم بالحریه بناء علی الملکیه آنا ما ثم الانعتاق ففیه:

ان الملکیه آنا ما تتحقق فی مورد دعوی الولد مالکیه أحد عمودیه فإنه إن أقام شاهدا و حلف مع شاهده ثبت و تملک آنا ما ثم انعتق علیه و أما فی هذه المسأله فهو یدعی أن هذا الولد حر منذ وجد فلیس له حاله الرقیه سابقا فلا یقاس ما نحن فیه علی ذاک المورد.

و قال فی الجواهر: و أما الحریه فبناء علی ثبوتها بالشاهد و الیمین

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. و فيه: ان انتفائه واقعا يقتضى ذلك لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الأخر.

فهى حينئذ كدعوى السرقه، و دعوى أن حريه الولد ليست من حقوق المدعى كى تندرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولدا له.

أقول: و فى جوابه وجوه من النظر، فأولا: ليست الحريه حقا من الحقوق بل هى عدم تعلق الحق، و ثانيا: ليست الحريه من الحقوق الماليه لو كانت حقا، و ثالثا: سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه، و لا معنى لان يقال بأن حريه الولد من حقوق الأب.

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، و يبقى الولد فى يد من بيده الجاريه حتى ترتفع بإقراره مثلا.

و أما قوله: «بل قد يقال ان الحكم بملكيه الجاريه يقتضى الحكم أيضا بملكيه الولد الذى هو من نمائها التابع لها.» ففيه:

ان هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكا للجاريه فيكون ملكا لمولاها بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حرا كما تقدم، فما ذكره غير تام.

المسأله الثانيه

(حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا)

ص:۴۷۵

قال المحقق «قده» : «لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا و على نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم» .

أقول: الظاهر عـدم الفرق بين كون من يـدعى وقفيه الدار عليه من الورثه أو غيرهم، فإن الوقفيه تثبت بالشاهد و يمين المدعى، و بـذلك تخرج الـدار عن التركه فلاـ يؤدى منهـا الـدين و ان كـان مسـتوعبا و لاـ تقسم بين الورثه بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صوره الوقف فـان انقرض هؤلاـء فهـل يتوقف أخـذ البطن الثانى الـدار على إقامه الشـهاده و الحلف مره أخرى أم لا بل يكفى لذلك حلف البطن الأول و شهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. و هـذا البحث يتوجه فيمـا إذا كان الوقف المـدعى بنحو التشـريک بين البطون لا الترتيب، «فالوجه الأول» هو التوقف على تجـديد الحلف و الشـهاده، لأن دعوى الوقفيه على نفسه و على نسله تنحل فى الواقع الى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيا و كون الـدار وقفـا على نسـله من بعـده، فبيمينه و شـهاده شاهـده تثبت الـدعوى الاـولى، و ثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثانى و شهاده شاهدهم.

«و الوجه الثـانى» كفـايه حلف البطن الأـول مع شـهاده الشاهـد لاـن البطن الثـانى يتلقى الـدار من البطن السـابق لا من الواقف، و المفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفا عليه و على نسله.

ص:۴۷۶

و بعباره أخرى: ان كـان الواقف يجعـل الـدار للبطن الأول مشـروطا بانتقالها منهم الى البطن الثانى دون سائر الورثه-نظير إيقاف الـدار على زيـد مـا دام حيا و انتقالها بعـد موته إلى جهه اقامه المأتم على سـيد الشـهداء عليه السـلام-فلا حاجه الى إثبات البطن الثانى للوقفيه، و ان كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأول و الثانى للبطن الثانى بعد انقراض الأول لزم الحلف و اقامه الشهاده على الثانى.

و ظاهر المسالك اختيار الوجه الأول، و قـد ذكر وجوها على ذلك «أخـذها» التنظير بالإرث، قال: «كما إذا أثبت ملكا بالشاهد و اليمين ثم مات، فان وارثه يأخـذه بغير يمين» . و أجاب فى الجواهر بأن تملك المورث موضوع فى الـدليل الشـرعى للانتقال الى الوارث و لكن لا ـ دليـل فى مسأله الوقف على أن ما ثبت لهـذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم ان أقيمت البينه كانت كاشـفه عن ملكيه هذا البطن و نسله.

«و الثانى» قوله: «و لانه قـد ثبت كونه وقفا بحجه يثبت بها الوقف فيـدوم كما لو ثبت بالشاهـدين» . أقول: ان أراد من هـذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط بمعنى أن الموجب لأخذ البطن الأول يوجب أخذ الثانى بالأولويه ففيه: أن ذلك ممنوع إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. و ان أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لان الدوام له دخل فى مفهوم الوقف، ففيه: ان الذى ثبت بالشاهد و يمين البطن الأول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لان الوقف لا يثبت

بالشاهد و اليمين، فيكون نظير جواز الصلاه فى الثوب المحكوم بالطهاره استصحابا، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاه فيه.

«و الثالث» قوله: «و لان البطن الثانى و ان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا فلا يحتاجون الى اليمين.» و فيه: ان هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: أن أصل الوقفيه لا يثبت بالشاهد و يمين البطن الأول، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى وجب عليهم إعاده الشهاده و اليمين و لا ملازمه عقلا أو شرعا بين قول البطن الأول و قول البطن الثانى.

ثم قال فى المسالك: «و ان قلنا بالثانى لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأول، و عليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلا للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريته و محلته فالحكم كالأول، و ان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم إمكان إثباته باليمين و عادت الدار إرثا» .

و فيه: انه لا وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم لا يثبت الوقف و هو أمر آخر، اللهم الا أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، و حيث تعود الدار إرثا فهل يشترط فى استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أولا؟ فيه بحث.

ثم قال «قده» : «و هل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان» .

أقول: و هذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إرثا لا يبقى مورد لهذا البحث.

ص:۴۷۸

قال: «و يحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف «المنقطع.» أی: انه مع غض النظر عن الاشكال من جهه تعذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفا متعذر المصرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف و فيه: انه ان كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، و الاولى فی الوقف الذی تعذر مصرفه أن يصرف فی مطلق وجوه البر أو الى الوجه الأقرب الى غرض الواقف.

و لو مات أحد الحالفين و بقی سائرهم صرف نصيبه إليهم، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال فی المسالك:

«و هل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنی على أن البطن الثانی هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنا أولى و ان قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقی من غيره فيفتقر الى الحلف. و من كونه قد حلف مره و صار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر» لكن الأقرب-وفاقا للجواهر-عدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبه إلى حكم ما إذا حلف المدعون أجمع.

قال المحقق «قده» : «و ان امتنعوا حكم بها ميراثا و كان نصيب المدعين وقفا» .

أقول: و ان امتنع جميع المدعين للوقفيه عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثه فی الدار و قسمت بينهم حسب الفريضه فی الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفيه يكون ما وقع إليهم وقفا فلا يتصرفون فيه التصرف الملكى، و مع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثهم و عليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معامله الوقف لإقرار مورثيهم بالوقفيه، و لو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففى المسالك: «وجهان مبنيان من كون الأولاد تبعا لابائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه. و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، و ان جوزناه جاء الوجهان. و الحق مجيئهما و ان منعنا من الوقف المنقطع الأول، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع و ان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لان البطن الثانى كالأول، لأن الوقف صار إليهم بالصيغه الأولى عن الواقف، و لان منع الثانى من الحلف يؤدى الى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثانى و هذا لا سبيل اليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و المصنف و غيرهما» .

قلت: و ما ذهبوا اليه هو الأقوى، و أما إشكال صاحب الجواهر قدس سره من «أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف لأنه حينئذ يكون يمينا للغير» فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء و ليست لابائهم.

قال المحقق: «و ان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقى طلقا تقضى منه الديون و تخرج الوصايا و ما فضل ميراثا» .

أقول: أی ینتفع منه الجمیع، و لکن الناکلین الـذین یعترفون بالوقفیه لیس لهم أن یعاملوا ما وقع إلیهم معامله الملک، و کذا الأمر بالنسـبه إلی وراثهم و ان أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسـبه الی ما بأیـدیهم حجه، فلو أقر المورث عنـد الوارث بأن الشیء الفلانی ودیعه عنده من فلان و لیس من جمله أمواله وجب علی الوارث دفع الشیء إلی مالکه بلا بینه.

و من ادعی الوقفیه و نکـل عن الیمین جـاز لوارثه أن یحلف علیها فیأخـذ مثل وارث الحالف بعـد انقراض البطن الأول. و یترتب علی یمین وارث الناکل أنه ان کان الوقف علی الأولاد بالسویه و امتنع أحـدهم عن الیمین کان أمر بنته دائرا بین أن تحلف علی الوقفیه- فیکون نصیبها مساویا لنصیب أخیها-و بین أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

و حیث یثبت نصیب الحالف وقفا فهل یعطی مع ذلک سهما بعنوان الإرث؟ قال المحقق و العلامه قدس سرهما: نعم.

و الأقوی کمـا تقـدم هو جواز حلف الأولاـد علی أن جمیع الـدار وقف، لاـنه لیست الوقفیه علی البطن الثـانی تابعه للوقفیه علی البطن الأول، و أیضا: لیست یمین البطن الثانی تابعه لیمین البطن الأول.

قال المحقق: «و ما یحصل من الفاضل للمدعین یکون وقفا» .

أقول: أی للإقرار کما عرفت آنفا.

قال: «و لو انقرض الممتنع کان للبطن التی تأخذ بعده الحلف مع الشاهد و لا یبطل حقهم بامتناع الأول» .

أقول: و هذا واضح و قد عرفته آنفا أيضا.

المسأله الثالثه

(حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده)

قال المحقق «قده» : «إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» .

أقول: هذا مذهب المحقق و جماعه، و فى المسالك بنى المسأله على أنه ان كان الأولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون و ان كان من البطن الأول فلا، و وجه ما ذكره المحقق «قده» قوله: «لان الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى ان ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يغنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

و فى الجواهر: «لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض» قلت: و هذا هو الاولى.

قال المحقق: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار الى الفقراء أو المصالح» .

أقول: أى لا يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناء على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا الحلف ان كانوا محصورين و أما فى حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحه اليمين

من أحدهم، و قد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعفه فى الجواهر، و قال: بل مناف لظاهر الأدله.

هذا كله فى وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادعى التشريک بينه و بين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين» .

فى الجواهر: قطعا بل لا خلاف أجده فيه، و قد بين المحقق وجه ذلک بقوله: «لان البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أى لما تقرر من أنهم جميعا يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، و من جهه أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

و خالف السيد صاحب العروه قدس سره فقال الأقوى عدم الحاجه الى الحالف، قال: لان الطبقات المتأخره و ان كانوا يتلقون من الواقف، الا أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأول ثبت فى حق الجميع، و فيه أنه ليس فى المقام إلا إنشاء صيغه واحده فيقول: وقفت لاولادى، لكن هذا الإنشاء ينحل بعدد الأولاد فى البطن الواحد، و لكنه حيث يوقف على الأولاد و أولادهم يقول: وقفت على أولادى و أولاد أولادى، و حينئذ يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفا على اليمين.

و على ما تقدم قال المحقق: «فلو ادعى إخوه ثلاثه أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد» أى: و ثبت ذلک بالنسبه إليهم «ثم صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعا» فهنا

مسائل:

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم فإنه لا فرق بينه و بين الثلاثه، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم و أعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

و وجه ذلك ما تقدم من كون التلقى عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثه من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم فالآن كذلك، و على هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، و لذا قال المحقق: «و لا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى، و يوقف له الربع» .

(الثانيه) و إذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ فى المسالك:

«فى تسليمه الى وليه أو يوضع فى يد أمين وجهان.» توضيح الأول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهما بإقرار الثلاثه، و ما للولد يكون عند وليه، و توضيح الثانى: انه يجعل عند أمين من غير الثلاثه، لأنه قد لا يحلف عند كماله، و يحتمل أن يأبى وليه عن رده، فان كان الوارث منحصرا بالثلاثه فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثه أرباع الدار من جهه و مع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفيه من جهه أخرى يكون الربع للميت و منه تقضى ديونه و تنجز وصاياه، و ان لم يكن منحصرا كان الربع لسائر الورثه.

و قد اختار صاحب المسالك الوجه الثانى، حيث قال بعده:

«و هذا هو الأصح» و فى الجواهر: قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه

ص:۴۸۴

لما عرفته فی الوجه الأصح، و حینئذ یجری علیه حکم ما لم یثبت وقفه و یحرم الثلاثه منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شیئا، الا انی لم أجد قائلا بذلک، و لعله قوی للاحتیاط فی مثله.

(الثالثه) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثا، و بقی الکلام حول نماء سهمه من حین ولادته الی موته. و حیث أن الثلاثه قد أقروا بکونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فیصل النماء إلی ورثه الولد.

(الرابعه) قال المحقق: «فان کمل و حلف أخذ، و ان امتنع قال الشیخ یرجع ربعه علی الإخوه لأنهم أثبتوا أصل الوقف علیهم ما لم یحصل المزاحم و بامتناعه جری مجری المعدوم. و فیه إشکال ینشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع» .

أقول: ذهب الشیخ رحمه اللّه الی رد الربع إلی الثلاثه لإثباتهم أصل الوقف علیهم، و الولد بنکوله عن الیمین یجری مجری المعدوم فتبقی الدار بین الثلاثه کما کان الأمر قبل ولاده الولد. و لان الواقف جعل الإخوه الثلاثه أصلا فی استحقاق الدار ثم أدخل من یتجدد فی جمله المستحقین علی سبیل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقیه بحالها علی الأصول کما کانت، نظیر ما إذا مات انسان و خلف ألفا من الدراهم فجاء ثلاثه و ادعی کل واحد ألفا علی المیت و أقام شاهدا، فان حلفوا معه فالألف بینهم، و ان حلف اثنان منهم فهو لهما، و ان حلف واحد فالألف له.

فللشـیخ رحمه اللّه علی ما ذهب الیه وجهان، و قد أشکل المحقق و غیره فی الأول بأن الاخوه معترفون بعدم استحقاق الربع و أنه للولد فکیف یجوز لهم أخذه بنکوله عن الیمین؟ لکن الشـیخ نفسه قد تعرض الی هذا الاشکال و أجاب عنه، و هذا نص کلامه: «فـان قیـل: الثلاـثه إذا اعترفوا بالربع للصبی کیف یعود إلیهم ما اعترفوا به لغیرهم؟ قلنا: الإقرار ضـربان: مطلق و معزی الی سـبب، فـإذا عزی الی سـبب فلم یثبت السـبب عاد إلی المقربه، کقولهم: مات أبونا و أوصـی لزیـد بثلث ماله، فرد ذلک زیـد، فإنه یعود علی من اعترف بذلک، و کذا من اعترف لغیره بدار فی یده فلم یقبلها الغیر عادت الی المقر، کذلک ههنا» .

و فی الوجه الثانی نظر، فأما المثال الأول فالفرق بینه و بین محل الکلام واضـح، لانه مع رد زید الموصـی له للوصـیه لا تتم تلک الوصـیه. و أما الثانی فلا نسـلم بعود الـدار الی المقر مع عـدم قبول المقر له، لان المقر یعترف بعدم اسـتحقاقه لها، فیلزم إعطاؤها للمقر له بأی نحو کان.

هذا، و ما ذهب الیه الشـیخ من عود سهم الولد إلی الثلاثه أحد الوجوه فی مصرف هذا السهم فی هذه المسأله، و قد ذکر وجهان آخران:

الأول: صرفه الی الناکل بالرغم من نکوله لاعتراف الاخوه له بالاستحقاق دونهم، الا أن هذا یتوجه فیما إذا کان الولد معترفا

بـالوقفيه أو ممتنعـا عن اليمين، و أما فی صوره إنكاره لأصل الوقفيه و اعترافه بعـدم الاسـتحقاق فلا وجه لأخـذه ما يعطونه، لكن الشيـخ لم يمنع من أخذ الثلاثه لهذا السـهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضـعين غير واضح، الا أن الشيخ قد وجه ما ذهب اليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

و يمكن القول هنـا بـأن كون المـال للاخوه بأحـد سـببين «الأول» كون المال إرثا، فهم يسـتحقونه بالإرث بالعنوان الاولی، الا أن يقوم دليـل ثـانوی علی تصـرفهم فيه بعنوان آخر. و «الثـانی» السـبب العـارض و العنوان الثـانوی و هو الوقفيه. و حينئـذ فإن إقرار الإخوه بعدم كون السـهم لهم مسـتند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضـی الدليل الاولی للاستحقاق يتوقف علی ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فان مجرد عـدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثا من غير حاجه الی أن يحلفوا علی الإرث، و علی هذا فإن الإقرار المسـتند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل اليه، فيكونون شركاء فی الإرث، إلا أن الاخوه الثلاثه يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

«الثانی» : أنه وقف تعـذر مصـرفه، لانه لا يصـرف إلى الثلاثه لاعترافهم بعـدم الاسـتحقاق، و لا الی الولـد لعـدم ثبوته له بنكوله، فيكـون من صـغريات مسـأله الوقف الـذی تعـذر مصـرفه، فهـل يرجع الی الواقف أو الی ورثته أو يصـرف فی أقرب الوجوه الی غرضه

أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه) : قال المحقق: «و لو مات أحـد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لان الوقف صار أثلاثا و قد كـان له الربع الى حين الوفـاه. فـإن بلغ و حلف أخـذ الجميع، و ان رد كان الربع الى حين الوفاه لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاه للأخوين» .

و هذا مذهب الشيخ «قده» قال المحقق: «و فيه أيضا إشكال كالأول» .

أقـول: ان رد فلاـ يعطى وراثه شـيئا، بـل يصـرف إلى ورثه الواقف فـإنهم الطبقه الاـولى و ينكرون الوقفيه، و ان لـم يكن له ورثه فيصرف الى الحالفين.

هـذا و أضـاف فى الجواهر فرعـا و قـال: و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهـدهم فقال البطن الثانى بعد وجودهم انه وقف تشريك، ففى القواعد: كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئـذ مطـالبتهم بحصـتهم من النمـاء من حين وجودهم. و فى كشف اللثـام: و ان نكلوا خلص الوقف للأـولين ما بقى منهم أحـد، و ان تجـددوا و ادعوا التشـريك قبـل حلف الأـولين كـان خصومـا لهم و لغيرهـم من الورثه، و لكن لا يجـدى نكولهم الا المـدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهـدهم ثبت لهم ذلک، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا. و اللّه العالم.

ص:۴۸۸

المسأله الرابعه

(حكم ما لو ادعى عبدا و أنه أعتقه فأنكر المتشبث)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث. قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه. و هو بعيد لانه لا يدعى مالا» .

أقول: لو ادعى عبدا هو الان بيد غيره، فقال انه كان لى و قد أعتقته، فأنكر الذى بيده العبد ذلك. قال الشيخ: يحلف المدعى مع شاهده و يستنقذ العبد. و قال المحقق: «هو بعيد لانه لا يدعى مالا» و قد تقدم أن الذى يثبت بالشاهد الواحد و اليمين هو المال وحده، و تقدم أيضا أن الحريه ليست مالا. و أما بناء على كون الحريه حقا من الحقوق فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، و لا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت.

و لعل نظر الشيخ الى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، و هو أنه يرثه من جهه الولاء.

المسأله الخامسه

(حكم ما لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا)

قـال المحقق «قـده» : «لو ادعى عليه القتـل و أقـام شاهـدا فـان كـان خطأ أو عمـد الخطأ حلف و حكم له. و ان كان عمـدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد و كانت شهاده الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه» .

أقول: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهـدا واحدا فتاره يدعى ما يوجب المال و أخرى يدعى مالا يوجبه، ففى «الصوره الأولى» كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ حلف المدعى مع شـهاده الشاهد و حكم له لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد و اليمين.

و فى «الصوره الثـانيه» كما لو كان القتل المـدعى عمـدا موجبا للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شـهاده الشاهـد الواحـد لعـدم كونه حقا ماليا، و تكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

و توضـيحه: ان قتل العمـد يثبت بأمور: (١) البينه، (٢) إقرار القاتل، و يكفى مره واحـده. (٣) القسـامه فى صوره اللوث. و اللوث أمـاره دون البينه، أى أن يكون هنـاك قرينه موجبه للظن بأنه القاتل فحينئـذ تجب القسامه، مثلا: لو وجـدت جثه شـخص مقتول مضـرج بـدمائه و بالقرب منه شـخص آخر بيـده سـيف ملطـخ بالـدم، فتقام القسامه و هى أن يقسم خمسون رجل-أحـدهم ولى المقتول-بأن فلانا هو القاتل فيثبت القصاص حينئذ و ان لم يكن هؤلاء عدولا.

و لو كانوا خمسه و عشرين رجلا حلف كل واحد منهم مرتين،

و لو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين، و لو كان الولى وحده حلف خمسين مره، و لو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أقيمت البينه على النفى.

و هنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه فإن أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

(قال الميلانى) : هذا آخر الجزء الأول من الكتاب. و يتلوه ان شاء اللّه تعالى الجزء الثانى و أوله: فى كتاب قاض إلى قاضى.

و الحمد للّه أولا و آخرا و صلى اللّه على محمد و آله الطاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين.

ص:۴۹۱

المجلد ۲

اشاره

ص :۱

ص :5

تتمه كتاب القضاء

الكلام في:كتاب قاض إلى قاض

اشاره

ص:۷

اعلم أن حكم الحاكم موضوع لاحكام بالنسبه إلى الحكّام الآخرين، كوجوب الإنفاذ فی بعض الموارد، و عدم جوازه فی بعض الموارد، و وجوب التفحص عن دليله فی موارد، و عدم جوازه فی أخرى.

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه الى الحكام الآخرين: بالقول، و بالكتابه، و بشهاده العدلين، و بإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابه:

و بالنسبه إلى إنهائه بالكتابه قال المحقق: «أما الكتابه فلا عبره بها» .

أي: فلا تكون موضوعا لشیء من الاحكام، قال: «لإمكان التشبيه» . و هذا التعليل يتوجه فی عصرنا بالنسبه إلى الاحكام التی يصدرها الحكام، أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضا، لإمكان التشبيه فی الصوت بسهوله جدا.

و أضاف فی الجواهر: «و عدم القصد إلى الحقيقه و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها» .

و قد ادعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، و حكى عن بعضهم نفی الخلاف فيه، و قيل: لا مخالف إلا أبو على الإسكافی، و الأردبيلی حيث اعتبرها فی

صوره العلم بالكتابه، و كونه قاصدا لمعناها، قال: و لهذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه، و أخذ المسأله و العلم، و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، و لانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصدا للمدلول، و حينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقف، و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب اراده مدلول الرسم.

و أجاب عنه فى الرياض بقوله: و فيه نظر، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقا، و لم نجده فى نحو محل البحث، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التى لم تتوقف عليها مطلقا، و لو كان الظن للعلم متاخما، و مجرد كون الظن بالكتابه أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لا يوجب قطعيته، و لا حجيته الا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنه و هو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها و سماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدله الأربعه التى سيأتى ذكرها، و هى أدله قاطعه أو ظنيه ظنا مخصوصا مجمعا عليه، و مثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره التى هى الأصل فى تلك الأدله، بالشهاده على الحكم و اقامه البينه و إنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

و على الجمله، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو افادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره و غيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له و لا لقياس الكتابه بالشهاده، و لا بالاكتفاء بالروايه المكاتبه، و أخذ المسأله، و نحوهما مما ذكره، لان مستند الاكتفاء بهذه الأمور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه انما هو من حيث قضاء الضروره، و انسداد باب العلم بها بالكليه، و عدم إمكان تحصيلها الا بالمظنه، و ان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، و هما ممتنعان قطعا، عقلا و شرعا، و هذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم.

و قال فى الجواهر بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعا مطلقا سواء فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطّه-الى ان قال-بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه، و بنى على ذلک عدم حجيه المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الامام يقول، و لا شهد عنده شهوده أنه قال، و ان كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على اراده الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلک، بل يمكن دعوى الضروره على ذلک، خصوصا مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق، و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء. و لكن مقتضى ذلک أن تكون الكتابه فيما نحن فيه-بعد انتفاء احتمال التزوير و عدم القصد و غيرهما من الاحتمالات-بمنزله اخباره بالحكم، فان قلنا بقبوله قبلت و الا فلا.

و ربما أشعر التعليل الأول فى عباره المصنف، و الثانى فى عباره غيره بإراده غير هذا الفرد من الكتابه، كما انه يمكن حمل كلام ابن الجنيد و من وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظيا.

و تحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث انها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، و أنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها.

قلت: و التحقيق هو النظر فى الجهات الموجبه للشک بحجيه الكتابه و المفرقه بينها و بين القول، و الذى يوجب الشک فى الاعتبار ليس الا احتمال الكذب،

أو احتمال السـهو و النسـيان، أو احتمال عـدم القصد، أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقه، و أما غيره من الاحتمالات فكلها منتفيه بالأصل.

و الفرق بين القول و الكتـابه هو: مجيء احتمـال التشبيه فى الثـانى دون الأـول، و لـذا لم يـذكر المحقق غير هـذا الاحتمال لعـدم العبره بالكتابه، و ان كان احتمال عـدم القصد فى الكتابه أقوى منه فى القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، و يندفع أيضا بالعلم بالكتابه و كونها خط فلان.

و أضاف فى السرائر: احتمال التزوير، و هو-كما فى مجمع البحرين-:

تزيين الكذب. و لكن هذا الاحتمال مشترك بين القول و الكتابه.

و أما الإجماع المدعى فهو منقول، و تبقى الروايتان:

١-عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السّـلام: «انه كـان لا يجيز كتاب قاض الى قاض، فى حـد و لا غيره حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات» (١).

٢-عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السّلام مثلها (٢).

و هما-بناء على اعتبارهما بعمل الأصـحاب (١)-محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السّـلام فى مورد عـدم حصول الاطمئنان بالكتابه، و قصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده فى الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب:٢٨.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب:٢٨.

العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الاعتبار فى حال الوثوق و الاطمئنان، و لا رادع عن هذه السيره، و الروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

و الحاصل: ان الاحتمالات مشتركه بين القول و الكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:

قال المحقق «قده» : «و أما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمصيت، ففى القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل» .

أقول: المراد من «القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، و وجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، و فى اعتباره بحث و خلاف، و لعلّ مذهب الأكثر هو العدم و لزوم قيام البينه، و لكن يشكل فيه من جهه أن خبر الواحد عن الموضوع المحول الى المخبر، و الذى لا ـ يعلم الا من قبله يعتمد عليه، فلو و كلّ أحدا فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، و لو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، و لو أخبر الأجير فى الصلاه عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجه (۱). فالقضاء من هذا

القبيل، فالأظهر هو القبول.

حكم إنهاء الحكم بالشهاده:

قال المحقق «قده» : «و أما الشهاده، فإن شهدت البينه بالحكم، و بإشهاده إياهما على حكمه، تعين القبول» .

قال في الجواهر: لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليهم السّلام، و لذا كان الراد عليه رادا عليهم، و ما دل على حجيه البينه.

ثم ان المحقق «قده» ذكر أن تكون الشهاده على الحكم و على الاشهاد معا احتياطا، و ذلک لان الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت الى ما وقع مع خصوصياته، لكن عند ما يشهد على الأمر يصغى اليه و يلتفت التفاتا كاملا، فتكون شهادته حينئذ أتم.

و قد ذكر المحقق لما ذهب اليه من تعين قبول الشهاده وجوها أربعه، فالأول ما ذكره بقوله: «لان ذلک مما تمس الحاجه إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده غالب، و تكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيله إلا رفع الاحكام الى الحكام، و أتم ذلک احتياطا ما حررناه.

لا يقال: يتوصل الى ذلک بالشهاده على شهود الأصل.

لأنّا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و الشهاده الثالثه لا تسمع» .

أقول: و أيضا الشهاده على الشهاده لا تسمع مع إمكان الشهاده على الأصل، و لذا قال بعضهم بأنه مع عدم إمكان الشهاده على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهاده على الشهاده، كما يجوز على نفس الشهاده على الأصل، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها تسمع و لو مع إمكان الشهاده على الأصل.

ص:۱۴

و أيضا: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضا.

و لا تقبل الشـهاده على الشـهاده الإمره واحده، و أما إنفاذ الحكم فيسـتمر باسـتمرار الزمان، ففيما لا تكون الشـهاده على الشـهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج و فصل الخصومات الا بإنفاذ الحكم.

و إذ لا يشترط فى الشـهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضيه من جديـد، و لـه أن يحكم اسـتنادا إلى الشـهاده على حكم الأول، كمـا أن له اجراء الحـد اسـتنادا إلى الشـهاده على الحكم، لعـدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب الجواهر فى شرح عباره المحقق فى جواب لا يقال.

و صـاحب المسالك قرره بنحو آخر و هو: أن فى الشـهاده على الشـهاده قصورا عن الشـهاده على الحكم، لأنها لا تسـمع إلا مره واحده، بخلاف الشـهاده على الحكم، فإنها تسـمع فى الثالثه. و توضـيح ذلك: ان الشهاده على الأصل هى المرتبه الأولى لإثبات المـدعى، و المرتبه الثـانيه هى الشـهاده على الشـهاده بعـد تعـذر الشـهاده على الأصـل، و حجيتها مخصوصه بتلك المرتبه، و أما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا و هى المرتبه الثالثه. انتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المسـتند إلى الشـهاده على الأصل، و صاحب المسالك لم يتعرض للشـهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، و المستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان. فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبّه على الفرق بين الشـهاده على الحكم، و الشـهاده على الشـهاده، و المسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال فی الجواهر: ان ما ذکره صاحب المسالک فرض نادر، قلت: و لیکن نادرا، فان الشارع جعل طریقا لفصل الخصومه فیه أیضا من باب اللطف.

و ظاهر هذا الوجه الأول هو التعلیل لثبوت الحکم، و إذ ثبت و وصل الی الحاکم الثانی وجب القبول و الإنفاذ، لأن ملاک الثبوت و القبول هو ما ذکره من التعلیل المذکور.

و الوجه الثانی ما ذکره بقوله: «و لانه لو لم یشرع إنهاء الاحکام بطلت الحجج مع تطاول المدد» .

أی: الحکم بالإنفاذ موقوف علی أمرین: أحدهما: قبوله الحکم. و الثانی:

کون الحکم و أصلا إلیه بطریق مشروع، و لو لم یکن الوصول بالبینه مشروعا لبطلت الحجج. قال فی المسالک: لان الحاکم یموت فیبطل حکمه. قلت: یعنی ان الحکم لا یبطل بالموت لانه لیس کالوکاله مثلا، بل المراد ان الحکم یبقی بلا أثر، إذ لا طریق إلی إثباته مع عدم اعتبار البینه. قال: فان الشهود تصیر طبقه ثانیه بعده، فإذا أنفذ حکمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجه و الانتفاع، و هلم جرا بالنسبه إلی الحاکم الثانی و الثالث، فیستمر الانتفاع بالحجه. أقول: یحتمل أن یکون مراده أن الشهاده علی الإنفاذ یستمر أثرها، و یحتمل أن یکون المراد هو الشهاده علی الشهاده فیکون فی المره الثالثه بلا أثر. و الظاهر هو الأول.

هذا، و لا نص فی مورد هذا الوجه الثانی، بل هو مقتضی عمومات أدله القضاء و نفوذ حکم الحاکم.

و الوجه الثالث: ما ذکره بقوله: «و لان المنع من ذلک یؤدی الی استمرار الخصومه فی الواقعه الواحده، بأن یرافعه المحکوم علیه الی آخر، فان لم ینفذ الثانی ما حکم به الأول اتصلت المنازعه» .

أقول: ان الغرض، من جعل الحاکم هو الفصل بین الخصومات، فلو لم ینفذ حکم الحاکم الأول من قبل الثانی لزم تفویت الغرض، و لکن تمامیه هذا الوجه

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

و الوجه الرابع ما ذكره بقوله: «و لان الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البينه، لأنها تثبت ما لو أقربه الغريم ألزم به» .

يعنى: ان إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، و حينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، و البينه تثبت ما يثبته الإقرار.

أقول: ان الحاكم الثانى عند ما يريد إنفاذ حكم الأول لا بدله من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الإنفاذ عليه، و قد اشتملت هذه الوجوه الأربعه على دليل الأمرين معا.

و قال صاحب الجواهر قدس سره: ان هذه الأدله الأربعه يظهر من بعضها انها مساقه بثلاث الاكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الأخر بإنفاذ ما حكم به الأول، الا أن الاولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البينه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، و أن الراد عليه راد علينا، و أن حكمه حكمهم، و ما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لان كلامهم مشوش.

و يشكل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد، لا وجوب الإنفاذ.

و فيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض و رده:

قال المحقق قده: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض الى قاض و لا العمل به، و روايه طلحه بن زيد و السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام: انّ علينا عليه السّلام كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض لا فى حدّ و لا غيره، حتى و ليت بنو أميه، فأجازوا بالبينات.

لأنا نجيب: عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع،

ص:۱۷

لان المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ليس منعا من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

و نحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا، و الى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمه اللّه فى الخلاف.

و نجيب عن الروايه: بالطعن فى سندها، فإن طلحه بترى و السكونى عامى، و مع تسليمها نقول بموجبها، فانّا لا نعمل بالكتاب أصلا، و لو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى» .

أقول: هذا جواب المحقق عما يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض الى قاض.

فالأول: الإجماع، و قد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، و توضيح الجواب هو: ان الإجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهاده العدلين مثلا، لا سيما مع إشهاد الحاكم إيّاهما حين إصداره الحكم.

و بالجمله فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنّه كتاب، و أما مع ثبوت الحكم عند الثانى فلا ريب فى وجوب إنفاذه.

و الثانى: الروايتان. و قد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال: فإن طلحه بترى و السكونى عامى (١).

قال: و مع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فانّا لا نعمل بالكتاب أصلا و لو شهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البينه.

و مما يمكن الاستدلال به للمنع هو: ان حكم الحاكم الثانى خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعى المقرر له فى البينه و اليمين، فإذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البينه و اليمين.

و الجواب عنه: ان المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكيه زيد للدار أو زوجيه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، و هذا فى الحقيقه إقرار و إثبات لحكم الأول و إنفاذ له، و الظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الاشهاد فى هذه الشهاده.

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقا، أو مع حضورهما مجلس الحكم و سماعهما لفظ الحاكم؟ .

الظاهر عدم اعتبار شيء من ذلك، فان مقتضى إطلاق أدله حجيه البينه سماع

ص:١٩

هذه الشهاده، و لا يعتبر فى قبولها الاشهاد، و لا حضور المجلس مطلقا.

على أنا لا نجد فرقا بين هذه الشهاده و غيرها، و دعوى عدم الخلاف فى اعتبار الاشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى. نعم ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياط كما ذكر المحقق «قده» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: «إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق اللّه» .

أقول: و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت موجبه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه الى كل موجب للحد، و لا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له اجراء الحد بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهدا كان المأمور أو مقلدا.

و دليل هذا القصر هو الإجماع، و قوله عليه السّلام: «الحدود تدرأ بالشبهات» و قد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البينه المعتبره فلا يدرأ الحد، و يمكن دفعه بأن البينه قامت عند الحاكم الأول، و قيامها تقتضى إلغاءه الشك و الشبهه، و أما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البينه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سره: «و ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. و الثانى: إثبات دعوى مدع على غائب.

أما الأول: فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الأخر، ثبت بشهادتهما حكم

ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده، لا انه يحكم بصحه الحكم فى نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعه فى تلك الواقعه.

و ان لم يحضر الخصومه فحكى لهما الواقعه و صوره الحكم، و سمّى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم ففيه تردد، و القبول أولى، لان حكمه كما كان ماضيا كان أخباره ماضيا» .

أقول: ان الذى ينهاه الحاكم الأول بالكتاب الى الحاكم الثانى أمران:

أحدهما: الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين: فان حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم و سمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعه بل و أشهدهما على حكمه ثم جاءا فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثانى فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، و على الثانى إنفاذه و فصل الخصومه المتجدده بين الخصمين فى نفس تلك الواقعه، و ليس له الحكم بصحه حكم الأول فى الواقع لانه لا علم له بذلك، و قد نهى الشارع عن القول بلا علم.

و ان لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعه شارحا صوره النزاع و حضور المتنازعين عنده و صوره حكمه، و ذكر المتحاكمين بأسمائهما و أسماء آبائهما و صفاتهما المشخصه، و أشهد الشاهدين على حكمه ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردد عند المحقق قده لكن قال «و القبول أولى» قال فى الجواهر: «وفاقا للأكثر، بل لم أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: انه ظاهره دعوى الإجماع عليه، الا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صوره القطع لانه قول بغير علم، خرج ما خرج و بقى ما بقى» و قد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد-بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «و اما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف انه لا يقبل» و هو كذلك، لما ذكرنا سابقا من حجيه قوله فيما هو مرجوع اليه و محول عليه و لا يعرف الا من قبله، فإذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا و اشهد الشاهدين على ذلك كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، و كما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى اخباره عن ثبوت حكمه، و بذلك ينقطع الأصل الذى تمسك به المانعون.

قال المحقق: «و أما الثانى-و هو إثبات دعوى المدعى-فان حضر الشاهدان الدعوى و اقامه الشهاده و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الأخر، قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضروا الواقعه و أشهدهما بما صورته:

ان فلان ابن فلان الفلانى. ادعى على فلان بن فلان بن الفانى كذا، و شهد له بدعواه فلان و فلان، و يذكر عدالتهما أو تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففى الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهاده الشهود» .

أقول: هذا هو الأمر الثانى، و هو أيضا على قسمين، فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب و يشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثانى ثبت الحكم و كان على الثانى إنفاذه.

و الثانى: ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها و بحكمه فى الواقعه مع ذكر اسم المدعى و المدعى عليه و تعريفهما، كأن يخبرهما و يشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا و شهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان و فلان فحكمت و أمضيت، فهل يقبل الحاكم الثانى هذه الشهاده و يحكم بذلك؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته فى المسأله السابقه، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

ص:۲۲

و شـهاده الشـهود. لكن لما كان الغائب على حجته إذا قدم فإنه ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخليه فى بقاء الخصم الغائب على حجته.

هذا كله فى الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قده: «أما لو أخبر حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى، و ليس كذلك لو قال «حكمت» فان فيه ترددا»

.

أقول: و أما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الـدعوى عنـده، أو قال بعد سـماع الدعوى و شـهاده الشاهدين «ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول «ثبت عنـدى كـذا» ، لعـدم الثبوت عنـده، و لا أن يقول: «أنفـذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكما كى يندرج فى أدله الإنفاذ.

و بالجمله فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو «الحكم» لا «الثبوت» .

قـال عليه السّـلام: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما اسـتخف بحكم اللّه و علينا ردّ و الراد علينا الراد على اللّه، و هو على حدّ الشرك باللّه» (۱).

اللهم إلاـ إذا حصـل الاطمئنـان بثبوت الأـمر عنـد الحاكم أو الحكام الآخرين و سائر الناس، و لـذا كان عيـد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الأستاذ (۱)بقوله: «ثبت عنـدى» . و كـان رحمه اللّه لا يحكم لانه لم يكن يرى-تبعا لبعض مشايخه-ولايه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم انه قـد ذهب بعض الأصـحاب-على مـا حكـاه فى المسالـك-الى اختصـاص الحكم بمـا إذا كان بين الحاكمين وساطه و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الأخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۹۸ الباب:۱۱ من أبواب صفات القاضى.

ليس من محل الضروره المسوغه للإنفاذ المخالف للأصل.

و أجاب عنه فى الجواهر بأن ذلك ليس قولا لأحد من أصحابنا و لم نعرف أحدا حكاه غيره، و بأن الضروره المذكوره فى الدليل انما هى حكمه أصل المشروعيه للإنفاذ لا أنها عله يدور الحكم مدارها وجودا و عدما، و بأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإنفاذ

هذا و ليس «الإنفاذ» إرشادا إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء و إرشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم، بل ان المراد من الإنفاذ حكم الثانى بوجوب اطاعه حكم الأول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته و سقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا أعلم بصحه هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم.

و الدليل عليه قوله عليه السّلام: «فإذا حكم.» . و ليس من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لذا يكون فاصلا للخصومه، و لو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجه فى الحكم كما يحكم استنادا إلى البينه مثلا، فله أن يحكم فى أصل القضيه حكما من عنده استنادا الى انظر الأول فى الواقعه و حكمه فيها، و لا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله صلّى اللّه عليه و آله «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» لجواز حمله على الحصر الإضافى، و قد أجاز ذلك المحقق النراقى و منعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلا، و بأن المفروض جهله بملاك حكم الأول فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، و على هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

و استدل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم اللّه فى الواقعه، لأدله حجيه

حكم الحاكم، فهو حجه، و حينئذ فكما يجوز للحاكم الثانى الاستناد إلى البينه و اليمين و نحوهما من الحجج، كذلك له ان يستند الى هذه الحجه، فيحكم على طبق حكم الأول حكما مستقلا كما له أن ينفذه.

و الأقوى ما ذهب اليه الا ان يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط فى المقام هو إنفاذ حكم الأول و عدم الحكم بنفسه فى الواقعه.

صوره الإنهاء:

قال المحقق قدس سره: «و صوره الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، و ما سمعاه من لفظ الحاكم، و يقولا: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قالا: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز» .

أقول: أى ان تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهداه من الواقعه فى مجلس الحكم من حضور المتخاصمين و دعوى المدعى و إنكار المدعى عليه ثمّ اقامه الأول البينه على دعواه، ثم بحكايه لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم و التصريح بإشهاد. إياهما على حكمه.

و يقوم مقام هذا كله احالتهما الحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الأول بالواقعه بعد قراءته و أن يقولا: أشهدنا الحاكم انه حكم بذلك.

قال المحقق: «و لا بد من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه، و لو اشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» .

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلا بد من أن يكون الأمر الذى يشهدان به مضبوطا من الشاهدين معينا بجميع جهاته و شئونه بحيث ترتفع الجهاله عنه، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلا و أرادا الشهاده بذلك لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه من زمان الغصب و مكانه و غير ذلك بحيث ترتفع الجهاله و الا

لم يسمع الثانى شهادتهما بل يجب عليه إيقاف الحكم الى أن يتضح الأمر و يرتفع الاشتباه.

و لا خصوصيه لتوضيح المدعى-و ان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفى وضوحه من أينما كان. نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئا و يطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

و هل يعتبر فى الإنهاء كونه الى قاض معين أو يكفى توجه الكتاب الى مطلق القضاه؟ حكى الأول عن بعض العامه، و فيه انه لا وجه لهذا التقييد، بل ان البينه حجه و ان لم يكن معها كتاب مطلقا، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب اليه.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: «و لو تغير حال الأول بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه، و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه» .

أقول: لا ريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط و الصفات المذكوره فى أول كتاب القضاء، و يعتبر كونه على تلك الصفات فى حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى-بناء على اشتراط البصر-أو غير ذلك لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه و وجوب إنفاذه على الحاكم الثانى، و قد استثنى المحقق تبعا للمشهور من ذلك الإسلام و العداله، و أنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه-و ليس الأمر كذلك فى سائر الأمور المشروطه بالعداله كامامه الجماعه و الشهاده بالطلاق و نحوهما-و كذا لو تغير حاله بعد الحكم و قبل العمل.

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلا ريب فى عدم بطلان الحكم بذلك.

و هذا الذى ذكره جار فى مورد فتوى المجتهد أيضا، فلو أفتى بفتوى فمات لم يقدح ذلك فى العمل بفتواه، نعم فى الجواهر: «الظاهر الإجماع على عدم

جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات» و أما إذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

و هـذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم العمل الـذى أتى به على طبق فتواه قبل التغير صـحيح بلا كلام، و يقر ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

و قـد اسـتدل لما ذكره المحقق قـده بأمرين، أحدهما: -ان ظهور الفسق يشـعر بالخبث الباطنى و قيام الفسق يوم الحكم. و الثانى: انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا، فلا يجوز العمل به و إنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضـعف، و لا يقاومان إطلاقات الأدله، و من هنا ذهب جماعه كالأردبيلى و النراقى الى عدم الفرق بين الفسق و الموت، أخـذا بإطلاقات أدله حجيه حكم الحاكم، الا أن ذهاب المشـهور الى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضـهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الغرق.

و ربما يؤيـد المشـهور بما ذهب اليه بعض الأصـحاب من الفرق بين الفسق و غيره من الموانع فى بعض الموارد، فمن ذلك ما لو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهاده و قبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا، لم يقدح ذلك فى قبول الشهاده و ترتب الأـثر عليهـا، بخلاـف مـا لو تغير بفسق فلاـ تعتبر. و من ذلك أيضا: ما لو تغير حال شاهـدى الأصل قبل الحكم بشـهاده شاهـدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق و لا يمنع ان كان بغيره.

و يؤيده أيضا جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

و لو وصلت النوبه الى الأصل فالأصل هو عدم جواز العمل و الإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:

قال المحقق: «و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كل من قامت

عنده البينه بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام» .

أقول: ان أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى إنفاذه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ على المشهور.

و من المعلوم ان ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول بل كل ما قامت عنده البينه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الأئمه عليهم السّلام.

و هكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، و ان كان المخاطب بالكتاب حاكما معينا بمفرده.

ص:۲۸

مسائل ثلاث

المسأله الأولى

(حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق: «إذا أقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه ألزم، و لو أنكر و كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق غالبا فالقول قوله مع يمينه ما لم يقم المدعى بينه، و ان كان الوصف مما يتعذر اتفاقه الا نادرا لم يلتفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر» .

أقول: لما قامت الشهاده فاما يقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا اشكال، و بلا خلاف كما فى الجواهر.

و اما ينكر، و حينئذ فإن كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره-كما لو جاء فى الشهاده على الحكم بأن محمد بن احمد مدين لفلان كذا، فإنه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص و على غيره بكثره-سمع قوله مع يمينه، إلا إذا أقام المدعى بينه على ان هذا هو المقصود.

و عن بعضهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك كما فى المثال المذكور.

و ان كانت الشهاده بوصف يتعذر اتفاقه الا نادرا-كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه و المهنه الفلانيه-لم يلتفت الى إنكاره الحكم عليه بلا خلاف بين من تعرض لذلك كما فى الجواهر، و ذلك لانه خلاف الظاهر.

ص:٢٩

هـذا و فى المسأله تفصـيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه فتاره يـدعى المـدعى كونه هو على التعيين، و حينئـذ ليس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هـذا الشـخص، بل تجرى أحكام المـدعى و المنكر. و أخرى يتردد المـدعى بين هذا و شـخص آخر يشترك معه فى الاسم و الوصف، فان كان هـذا التردد من المـدعى من أول الأمر كان المورد من فروع مسأله الدعوى على المردد، كـدعوى ولى المقتول بأن أحـد هـذين قاتل أبى، و فى صـحه هـذه الدعوى بحث و خلاف. و بناء على صـحتها يطالب المدعى بالبينه، و مع عدمها يحلف الرجلان ان كانا حاضرين أو الحاضر منهما، و مع الامتناع ترد اليمين على المدعى.

و لـو شـهد الشاهـدان على معين و حكم معين و حكم الحـاكم عليه بـأداء الحـق ثم اشـتبه فلاـ ريب فى صـحه الحكم، فـان وقع الاشـتباه من عدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف و المشـخصات بالتفصيل، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهاده يوصف يحتمـل الاتفـاق. بخلاـف مـا لو كـان الوصف ممـا يتعـذر اتفاقه الا نادرا و قـد ذكره الحاكم الأول بالتفصـيل، فإنه لا يلتفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر، و ان كان سماع دعواه انطباق الاسم و الوصف فعلا على غيره غير بعيد.

قـال المحقق: «و لو ادعى ان فى البلـد مساويـا له فى الاـسم و النسب كلف إبـانته فى إثبـاته، فـإن كـان المسـاوى حيا سـئل، فإن اعتراف أنّه الغريم الزم و أطلق الأول، و ان أنكر وقف الحكم حتى يتبين» .

أقول: وقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره –مع إنكار ذلك الشخص–فى غايه الإشكال، اللهم الا ان يقال بان الـدعوى كانت على كلّى المسـمى بهذا الاسم و قد صدر الحكم عليه كذلك، ثم اشـتبه المصداق الحقيقى بغيره. لكن صحه الدعوى على الكلى المردد محل خلاف.

هذا كله مع كونه حيا.

قال المحقق: «و ان كان المساوى ميتا و هناك دلاله تشهد بالبراءه، اما لان

الغريم لم يعاصر، و اما لان تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و ان احتمل وقف الحكم حتى يتبين» .

أقول: و هذا أيضا مشكل بعد كون المدعى قد خص هذا الشخص فى الدعوى و أقيمت عليه الشهاده و صدر الحكم.

و قد فصل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم و الوصف و كان الوصف محتملا للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، و بين ما إذا كان متعذرا اتفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك. فحكم بالبطلان فى الأول دون الثانى.

المسأله الثانيه

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، و لو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الاشهاد. و لو قيل: يلزم كان حسنا.» أقول: هذا لئلا يطالبه ذو الحق به مره أخرى، و الدليل على هذا الحكم قاعده لا ضرر و لا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه، و أما مع عدمه و علم المحكوم عليه بالحق فيما بينه و بين اللّه فلا كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، و لو قيل: يلزم الاشهاد كان حسنا حسما لماده المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين.

هذا و لكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، و المماطله غير جائزه، غايه الأمر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافعا الى الحاكم و ارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكروه تردد.

المسأله الثالثه

(عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء. و كذا القول فى البائع.» أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجه ملكا له. و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: «الناس مسلطون على أموالهم» و لأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقا.

ص:٣٢

الكلام فی:بعض أحكام القسمه

اشاره

ص:۳۳

«القسـمه» معامله مستقله لها أحكامها الخاصه، و قد تعرض الأصحاب قدست أسرارهم لها فی كتاب الشركه، و ذكروا بعضها فی كتـاب القضـاء من جهه اسـتحباب أن يكون للحـاكم قـاسم يقسم الأـموال المشـتركه بين الشـركاء، لتوقف فصـل الخصومه على القسمه فی كثير من الأحيان.

مشروعيه القسمه:

و مشـروعيه القسـمه بأن تكون معامله كالمعاملات الأخرى ثابته بالكتاب و السـنه، ففی القرآن الكريم «وَ إِذا حَضَـرَ اَلْقِسْمَهَ أُولُوا اَلْقُرْبى وَ اَلْيَتامى وَ اَلْمَساكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (1)إذ المستفاد من هذه الآيه المباركه إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حـاجه الى أن يبيع بعض الشـركاء سـهمه من بعض لتحقق الفرز و تعيين الحصـص فی المـال، فالا-يه ظـاهره فی تشـريع القسمه لأن تكون طريقا للوصول الى هذا الغرض و الّا قال-مثلا-: و إذا حضر البيع أو الصلح.

و ذكروا أيضا قوله عز و جل «وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ اَلْماءَ قِسْمَهٌ بَيْنَهُمْ» (2)و لكن فی

١- ١) سوره النساء:٨.

٢- ٢) سوره القمر:٢٨.

دلالتها علی تشریع القسمه نظر، لان الماء کان لهم خاصه و لم یکن مشترکا، و قد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

و من السنه: ما روی من «أن عبد اللّه بن یحیی» کان قساما لأمیر المؤمنین (۱)و قد قسّم رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله خیبر علی ثمانیه عشر سهما. و قال صلّی اللّه علیه و آله: «الشفعه فیما لم یقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعه» (۲). قال فی الجواهر: «و غیر ذلک من النصوص، و إجماعا بقسمیه، بل ضروره» .

ثم ان القسمه تاره تکون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، و اخری تکون قسمه مهایاه، بمعنی تقسیم الانتفاع من الشیء المشترک بحسب الأزمنه، کالدابه المشترکه بین اثنین یستعملها هذا یوما و ذاک یوما.

حقیقه القسمه:

ثم انه تاره یختلط مال اثنین بعضه ببعض، کأن یختلط شیاه هذا بشیاه ذاک فهنا قولان:

أحدهما: أنهما یشترکان فی المجموع بنحو الإشاعه، کما هو الحال فیما إذا ورث الاخوان هذا المجموع معا. و الثانی ان کلّا منهما یملک حقه و مملوکه الواقعی فقط. و إذ لا طریق الی التمییز فلا بد من التراضی بینهما بالتقسیم، بأن تنتقل عین مال کلّ واحد إلی الأخر فی مقابل عین ما له فیکون فی الواقع تبدیلا.

و تاره أخری یکون الاختلاط بین المالین موجبا لاشتراکهما بالإشاعه عند العرف، کأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاک. فلا یصدق حینئذ التبدیل، بل یقال هنا بالتمییز و الافراز و التعیین، و المراد جعل المال الذی یشترک الاثنان فی تملکه مفرزا الی ملکین یختص کل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سره فی کتاب الشرکه: و هی تمییز الحق من غیره، و کذا قال فی المسالک و الجواهر، بل نسب الی المعروف بین الأصحاب، و علیه السید صاحب

۱- ۱) سنذکر ترجمه هذا الرجل قریبا.

۲- ۲) سنن البیهقی ۶-۱۰۲.

الوسيله، و الاولى التعبير بالتعيين وفاقا للسيد صاحب العروه حيث قال: و الاولى التعبير بالتعيين، لان الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن و ليس كذلك (١).

نعم فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعين حق كل من الشريكين خارجا، إذا المفروض انهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيما عقليا. فالمراد من القسمه تعيين مصداق الكلى.

و اما احتمال أن تكون القسمه تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجا، بمعنى أن كل مال من الأموال المملوكه هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما مالكا للنصف الثانى من المال الذى بيده بإزاء تمليكه النصف الأخر من المال الذى بيد شريكه، فتكون القسمه فى الحقيقه بيعا، لأنها على هذا تبديل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لكن الشريكين ينشئان القسمه و لا نظر لهما الى المبادله و المعاوضه الواقعه.

فيضعفه: انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود له فى الخارج، و ان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض، و لو كان كذلك لم يكن حاجه الى التقسيم. فيرجع الأمر إلى الكلى و يكون من قبيل تعيين الكلى فى المصداق، نظير تمليك الكلى فى المعين كالصاع من الصبره إذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه، و ان كان بين الموردين فرق من جهه أخرى، و ذلك انه مع تلف شىء من المال المشترك يكون التلف من كليهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار فإنه من مالكه، حتى إذا بقى منها صاع واحد كان لمستحقه و لم يشاركه صاحب الصبره.

و أما احتمال ان يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعينه

بنـاء على أن الملكيه أمر اعتبارى، فيجوز ان يباع الواحـد المردد لانه قابل للتمسک كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمره الشـجره قبل وجودها. فيكون التقسـيم فى حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعيين-ففيه ما تقدم من أن الواحد احد المردد لا وجود له و لا حقيقه، و الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا لكن يشترط فى متعلقها أن يكون أمرا قابلا للوجود فى الخارج.

و التحقيق هو النظر فى حقيقه الشركه، و بذلك يتضح معنى القسمه، و الحاصل:

ان التقسـيم هو التعيين، لان معنى الشـركه هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلا من المال بنحو الإشاعه، و حيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه و تعين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشـريكين مثلا، فيتحصل ان معنى التقسـيم إخراج المال عن حال كونه مملوكا للشريكين بالإشاعه الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما، و هذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام.

حكم نصب القاسم:

قال المحقق: «و يستحب للإمام ان ينصب قاسما كما كان (١)لعلى عليه السّلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فى الجواهر، لان نصب القاسم من المصالح العامه، و عن القواعد الإجماع عليه.

و ان تعبيره ب «النصب» يفيـد أن ذلـك منصب من المنـاصب، و لازم ذلـك أن يكون للقـاسم ولايه على التقسـيم كما للحاكم ولايه على الحكم، و يكون ما فعل نافذا على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، و لو لم يرض أحدهما

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه وليا على الممتنع و كان التقسيم نافذا.

و إذا كانت القسمه منصبا و كان القاسم منصوبا من قبل الامام عليه السّلام أو الحاكم لزم وجود الشرائط الاتيه فيه. قال المحقق قدس سره:

صفات القاسم:

«و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الايمان و العداله» أقول: لا شبهه و لا خلاف فى اشتراط كونه بالغا عاقلا، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ و العقل، كما لا ريب و لا خلاف فى اعتبار الايمان و العداله فيه، لان صاحب هذا المنصب ذو ولايه، و قد قال اللّه عز و جل «لا يَنالُ عَهْدِى اَلظّالِمِينَ» (1)قال: «و المعرفه بالحساب» .

أقول: و كذا نحوه مما تحتاج إليه القسمه غالبا.

قال: «و لا يشترط الحريه» .

أقول: ظاهر الجواهر الإجماع على عدم اشتراط الحريه فى القاسم، فيجوز ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبره بإذن المولى.

قالوا: و يشترط فيه القصد بأن يقسم المال و يفرز الحقوق مع القصد و الإنشاء كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

قال: «و لو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العداله» أقول: اما بناء على عدم كون القسمه منصبا من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمه الإجباريه فإن القدر المتيقن من القسمه النافذه قسمه المؤمن العدل، و لا يوجد عندنا إطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، و اما قاسم الامام عليه السّلام ففى الخبر انه كان من شرطه الخميس و كان مبشرا بالجنه.

و أما إذا كان القاسم معينا من قبل الشريكين فلا حاجه الى العداله و الايمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله-كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما-نعم لا بد

1- 1) سوره البقره:۱۲۴

من کون القاسم الذی یتراضیان بتقسیمه مکلفا، لان عمل الصغیر لم یمضه الشارع فی مورد. و قیل: لا مانع من ان یتصدی الصغیر عملا من باب المقدمه، للتقسیم، کأن یکون اداه و وسیله لذلک، و فیه: انه لا یتحقق الافراز الا بالتقسیم و القرعه، فالذی یفرز المشاع هو نفس التقسیم، و بالقرعه یتعین حق کل واحد من الشریکین، فالتقسیم إذا عمل یترتب علیه أثر فلا یجوز أن یقوم به الصغیر، و لا یتصور عمل آخر غیر التقسیم و القرعه لیکون مقدمه یجوز قیام الصغیر به.

أذن لا بد من کونه مکلفا بالبلوغ و العقل، و لکن لا یشترط فیه الایمان و العداله قال المحقق: «و فی التراضی بقسمه الکافر نظر، أقربه الجواز کما لو تراضیا بأنفسهما من غیر قاسم» .

أقول: و ما قربه هو الأقوی، فإنه لا مانع من أن یتصدی الکافر ذلک فی صوره کونه معینا منهما، و لیس للقاسم سلطنه حتی یمنع عملا بقوله تعالی «وَ لَنْ یَجْعَلَ اَللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی اَلْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً» (۱).

نعم فیما قیل انه منصب من المناصب الشرعیه کالقضاء مثلا و قیل ان له ولایه علی المقتسمین، فلا بد له من الایمان و العداله و یکون نصبه من قبل الامام علیه السّلام أو نائبه الخاص أو العام ادام اللّه وجود نوابه فی الأنام.

هل یشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره «و المنصوب من قبل الامام تمضی قسمته بنفس القرعه و لا یشترط رضاهما بعده» .

أقول: لا خلاف و لا إشکال فی ذلک، لما تقدم من تحقق الولایه له من جهه کونه منصبا، فیکون تقسیمه نافذا مطلقا کما ینفذ حکم الحاکم فی حق المتخاصمین.

قال: «و فی غیره یقف اللزوم علی الرضا بعد القرعه. و فی هذا اشکال من

۱- ۱) سوره النساء:۱۴۱

حیث أن القرعه وسیله إلی تعیین الحق و قد قارنها الرضا» أقول: إنما الکلام فی القاسم الذی رضیا بتقسیمه، ففی اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، و دلیل الاشتراط هو: أن کلا منهما یرید التصرف فی السهم الذی وقع له، فلا بد من رضاهما معا بالتقسیم و القرعه بعدها حتی یجوز لهما التصرف، لان ذلک هو القدر المتیقن و لا یوجد إطلاق یؤخذ به فی المقام. و دلیل العدم هو:

ان المفروض رضاهما بالقرعه و هذا الرضا یکفی لجواز التصرف، لان «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» .

أقوال: ان کان دلیل السلطنه: «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» مشرعا جاز التمسک به لعدم الاشتراط، و ان لم یکن مشرعا بل کان مفاده سلطنه المالک علی ملکه و جواز تصرفه فیه بأنحاء التصرف فی حدود الشرع و المعینه من قبل الشارع فلا، لان القدر المتیقن من الأدله الشرعیه لجواز التصرف حینئذ صوره الرضا بعد التقسیم و القرعه.

هذا و لکن بناء علی ما تقرر من کون القسمه من الأمور التی بها یفرز المال المشاع و تزال الشرکه، فإنه یلزم رضی الشریکین و یشترط کون القرعه بطیب النفس، و حیث کانت کذلک فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فیکون القسمه کسائر المعاملات من هذه الجهه، ففی البیع مثلا- یشترط شروط، و حیث أجریت صیغه البیع بشروطها لا- یشترط ان یقول کل من المتبایعین بعدها: رضیت، إذ لا دلیل علیه، فالإشکال الذی ذکره المحقق قدس سره وارد، و الأقوی هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

و هل یشترط القرعه؟

هذا و عن جماعه القول بأن الأمر یتحقق بالقسمه عن تراض، و هی کافیه لتعین الحقوق من دون حاجه الی القرعه، لا سیما و أنه لا تعرض إلی القرعه فی الاخبار، و أن القرعه لکل أمر مشکل، و أنه لیس فی نصوص الشرکه إشاره الی أن زوالها

یکون بـالقرعه، بـل لقـد قـال بعضـهم بـأن الأخـذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، و فی المسالک: «بل ینبغی أن یتعین بتراضـیهما علی القرعه و تخصـیص کـل واحـد من الشـرکاء بحصـته و ان لم یحصل القرعه کما یصـح المعاطاه فی البیع، الا أن المعاطاه یتوقف لزومها علی التصرف من حیث أن ملک کل واحـد من العوضـین کان للآخر، فیستصـحب ملکه الی ان یتصـرف أحـدهما بإذن الأخر، فیکون رضا منه بکون ما فی یـده عوضا عن الأخر. أما القسـمه فإنها مجرد تمییز أحـد النصـیبین عن الأخر، و ما یصل الی کـل منهمـا هو عین ملکه و لا ـ یکون عوضا عن ملک الأخر، فیکفی تراضـیهما علیها مطلقا، و من جعلها بیعا مطلقا أو علی بعض الوجوه یناسبه توقف اللزوم علی التصـرف کـالبیع معاطـاه. و اشتراط فی الـدروس تراضـیهما بعـد القرعه فی غیر قسـمه منصوب الامام علیه السّلام مع اشتمالها علی الرد خاصه و هو حسن، و فی اللمعه:

اکتفی بتراضیهما علیها من غیر قرعه مطلقا. و هو أجود، و اختاره العلامه فی القواعد.

و قد أشـکل علی ما ذکر بأن قیاس القسـمه علی المعاطاه مع الفارق، لان المعاطاه بناء علی افادتها الملک و جواز الرجوع فیها ما دامت العینان باقیتین-بیع عند العرف، و قد أمضـی الشارع ذلک، و أما القسـمه فعنوان آخر، و لا یوجد فی نصوصها إطلاق یفید نفوذها و لزومها حتی یقال بأن القسمه تتحقق بالدلیل و لا حاجه الی القرعه، و قوله تعالی: « وَ إِذا حَضَرَ اَلْقِسْمَهَ .» لا إطلاق فیه و لا ـ یبین کیفیه القسـمه، و حینئـذ فـإن تحققت القسـمه مع القرعه کـانت المعامله متحققه بالإجماع و بها یتم النقل و الملک لکل واحد من الشـریکین، و لیس هنا تصرف فی مال الغیر حتی یقال بجوازه بالرضا لقوله: «لا یحل.» لانه یرید أخذ ماله و تعیین حقه (۱).

هل تتحقق القسمه بالصلح؟

و هل تتحقق القسمه بالمصالحه؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحه تبديل و معاوضه بين السهمين، و نتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعين التی بيده مثلا، كما يتحقق ذلك بالبيع و الشراء بينهما.

نعم قد يستشكل فی هذا البيع أو الصلح بناء على لزوم كون العوضين معينين فی الخارج فی البيع و الصلح، فلا يصح بيع أحد العبدين أو إيقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور فی المعامله. و حينئذ لا ـ يمكن التوصل إلى نتيجه القسمه و هو افراز السهمين و تعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع و الصلح بينهما.

و هل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول و اقترع عليه؟ فيه اشكال، و حينئذ تستصحب الشركه.

و بناء على لزوم الرضا بعد القرعه يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، و حيث يكون التقسيم عن إجبار يلزم رضا الحاكم لأنه ولی الممتنع.

عدم الفرق بين قسمه الرد و غيره:

ثم ان القسمه تاره تشتمل على رد-و ذلك عند ما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الأخر، فيؤخذ شیء من صاحب الزياده فی مقابلها و يدفع الى الأخر لعدم إمكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل

ص:

قلت: ان اطمأن الشريكان بأنه قد قسم مع العداله من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، و لا حاجه الى التقويم، سواء كانت القسمه عقدا أو إيقاعا أو حكما على اختلاف الوجوه و الأقوال-و ان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه، و لعله من هذه الجهه لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السّلام الى المقوم، و لذا لو قسم أحدهما برضا الأخر كفى. نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولى الواحد لإجراء عقد النكاح وكاله عن الزوجين، فان قسم القاسم و شك فى كونه بالعدل و ذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمنا للشهاده فلا بد من شاهد آخر معه، و لعل ذهاب المحقق و الجماعه إلى لزوم التعدد فى صوره الاشتمال على الرد هو من جهه أن الغالب فى مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم، و مع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أجره القاسم:

قال المحقق قده: «و أجره القسام من بيت المال، فان لم يكن إمام أو كان و لا سعه فى بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين»
.

أقول: هذا بالنسبه إلى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السّلام، فإن أجرته تكون على بيت المال لانه بعد للمصالح، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الامام المتقاسمين على التقسيم، و أما وجوبها على بيت المال فى المورد الذى لم يأمر فيه الإمام بالقسمه فبعيد، فكان الاولى التقييد بما ذكرناه، و حيث طلبا من الامام عليه السّلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الأجره عليهما، لانّ عمله محترم و هما قد طلباه، فعليهما الأجره لا على بيت المال و ان كان فيه سعه.

و أما إذا طلب أحدهما دون الأخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهما أيضا من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

و المشهور-بل ادعى الإجماع-على أخذ الأجره من كليهما و ان كان أحدهما ممتنعا و كان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، و كذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين-بقاء الشركه و التقسيم-على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا لان التقسيم له

أثر و نفع بالنسبه إليه أيضا.

و فيه: ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، و تحقق الإجماع فى هذا المقام بعيد. و كذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء الاعدم الامتناع عن التقسيم، و كذلك الحاكم ان رضى من قبله بالولايه. فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الأجره على من طلب التقسيم. هذا، و مقتضى القواعد كفايه رفع اليد عن المال و عدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: «فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» .

أقول: ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه وجب عليهما معا دفع الأجره، و ان استأجره كل واحد بالاستقلال و بأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، و هو صريح فى الجواز، و قد أشكل عليه من جهه أن العمل واحد و ينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لان هذا العمل مملوك الأول، فكيف يأخذ مالا ـ بإزاء هذا العمل نفسه من الشريك الثانى؟ و بعباره أخرى: انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الأخر مفروزا كذلك، فكيف يجعل نفسه أجيرا لتحصيل ما حصل؟ .

فان قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلا من طرف البائع للإيجاب و من طرف المشترى للقبول فى معامله واحده؟ .

قلنا: انه قياس مع الفارق كما هو واضح.

و قد أشكل عليه أيضا بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الأخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه إتيانه بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: ان العمل واحد غير أن الذى يتحصل منه أمران، و ليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

و قد ذكر فى المسالك الإشكال الأول و قال: «و أجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن الا بالتصرف فى نصيب الآخرين ترددا و تقديرا، و لا سبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلا و وكيلا و لا حاجه الى عقد الباقين، و حينئذ ان فعل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاك، و ان أطلق عاد الكلام فى كيفيه التوزيع» .

و قد أشكل على هذا الجواب بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون اذنه غير صحيحه، و أما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالما بوزن المال أو مساحه الأرض مثلا عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبه إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف فلا يجوز القيام به و لا يتحقق الا مع اذن الشريك، و حينئذ تكون إجاره الأول باطله.

و كما يمكن أن يكون القاسم عالما بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج الى التصرف فى نصيب الشريك الأخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفه خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا و كله فى شراء دار مثلا، فان معناه أنه ان رضى مالكها و باعها فاشترها منه، و اما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازه المالك، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تمليكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو و ليس حراما لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

و هنا ان للتقسيم كان فى الحقيقه اجاره مشروطه بإجازه الشريك، فقيل بعدم الصحه أيضا، و قال فى الجواهر: إذا كان إنشاء الإجازه مشروطا بإجازه الأخر فإن أجازه الأول باطله للتعليق، و ان كان إنشاء مراعى بإجازه الأخر -مثل بيع الفضولى- فإن إنشاء منجز لكنه مراعى شرعا، فإن رضى الثانى بالإجاره تمت و أثرت الإجازه.

فهـذا معنى قول صـاحب الجواهر: اللهم الاـ ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صـحتها بوقوع الثانيه، و لكن فيه: ان المراعى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، و هنا ان أجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله ممضـى بهذه الإجازه و لا يكون شريكا معه فى الإجاره، و ان كانت إجازه الثانى بمعنى إنشائه الإجاره عاد الاشـكال، و لـذا قال هو: و التحقيق عـدم صـحه الثانيه حيث تصح الاولى من دون مراعاه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا.

هذا و لو كل أحد الشـريكين الأخر فى التقسيم فآجر الشريك أصاله عن نفسه و وكاله عن شريكه من يقسم المال وجب عليهما معا دفع الأجره.

قال المحقق قـده: «و ان اسـتأجروه فى عقد واحد و لم يعينوا نصـيب كل واحد من الأجره لزمتهم الأجره بالحصـص و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه» .

أقول: ادعى فى الجواهر إجمـاع الطـائفه على مراعاه الأجره بالحصـص، و اسـتدل له الشـيخ قـدس سـره بأنا لو راعيناها على قـدر الرؤوس ربما أفضـى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحـدهما عشـر العشـر سـهم من مأه سـهم و الباقى للآخر و يحتاج إلى اجره عشـره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوى سهمه دينارا واحدا، فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمه وضعت لازاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه.

و اسـتدل له كـاشف اللثـام بقوله: و لأـن الأـجره تزيـد بزياده العمل، و العمل يزيـد بزياده المعمول، فكل من كانت حصـته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسـقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسـقى جريبا، و ان تحمل المشـقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائه فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب انما جاء من كثره نصيب الأخر.

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فإنه ليس الا افرازا

أو حسابا أو مسامحه. و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض و قله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمه بحسب أقل الأنصباء، فان لم يجب على الأقل نصيبا من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال فى الجواهر: و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى و أبى حنفيه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك، فان له الأجره بالحصص مع التساوى فى العمل.

قلت: و مثله حمل المال المشترك من مكان الى آخر، فان له الأجره بالحصص، لكن التحقيق اختلاف الموارد و أنه لا تدور الأجره مدار نتيجه العمل فى كل مورد، مثلا: لا يفرق فى الأجره بين حمل الحنطه و حمل الرز من مكان الى آخر -مع وحده المسافه و اتحادهما فى الوزن- و ان كان الرز اغلى من الحنطه، و صاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته فى مقابل عمله من غيره فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسيه ماديا و معنويا، أو يكون كتابا رضيعا كذلك، ففى هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، و أما فى حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيره العقلائيه هى النظر إلى نتيجه العمل بالنسبه الى كل واحد من الشركاء فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمه قسمت الأجره عليهم بالحصص، لان حرمان صاحب التسعه أعشار من الاستفاده من المال -لأجل الشركه- تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته فعليه تسعه أعشار الأجره. فالحق هو الاستدلال بالإجماع و بقاعده نفى الضرر كما عن الشيخ قدس سره فى الخلاف.

النظر فى المقسوم:

قال المحقق قدس سره: «و هو اما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه

الشريک بالقسمه لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله و الانفراد أکمل نفعا» .

أقول: قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين، أى إلى المتساويه إجزاؤه من حيث الوصف و القيمه کذوات الأمثال مثل الحبوب و الادهان، و الى المتفاوته أجزاؤه کالأشجار و العقار، و قد حکم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريک بالقسمه، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه کما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار فى القسمه المفروض شرعيتها، و أما الثانى ففيه تفصيل کما سيأتى.

قال المحقق: «و يقسم کيلا و وزنا متساويا و متفاضلا ربويا کان و غيره لان القسمه تمييز حق لا بيع» .

أقول: و حيث إيراد التقسيم، فإنه يقسم المکيل و الموزون و غيرهما کيلاـ و وزنا و غير ذلک متساويا و متفاضلا، ربويا کان المقسوم و غيره، و ذلک لاـن القسمه -کما سبق فى أول البحث-معامله مستقل يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى النقدين و العلم بالوزن و الوصف و عدم الاشتمال على الربا، و حينئذ فإذا قسم بالتساوى بحسب العين أو بحسب القيمه جاز و ان کان مع الجهل بالوزن أو الوصف، . و کذا لاـ يثبت فى القسمه الأخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانى الشهيدين: لو ترک قوله متساويا و متفاضلا کان أولى، و إليک نص کلامه:

«و أما قوله متساويا و متفاضلا فالأصل فى القسمه أن يکون بنسبه الاستحقاق، فإذا کان المشترک بينهما نصفين کان إفرازه نصفين، و ان کان بينهما أثلاثا کان إفرازه کذلک، و التفاضل فى الثانى بحسب الصوره و الا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجبه للتسويه بينهما بالنظر الى أصل الحق، و ان أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الأخر بزياده على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى» .

قال فى الجواهر: و فيه أن معنى كلام المحقق هنا انه لو فرض كون الاشتراك فى جيد الحنطه و رديئها بحيث كان المنان من الردى يساوى المن الواحد من الجيد، فلو أخذ أحدهما المنين فى مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيعا، و ان كان التقسيم فى حقيقته معاوضه.

قلت: لكن ظاهر العباره لا يساعد هذا المعنى، فإنه يقول: المقسوم إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال أو متفاوتها فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه فلو فرض كونهما شريكين فى الجيد و الردى فإن أخذ المنين من الردى فى مقابل المن من الجيد ليس تقسيما اجباريا بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «و الثانى اما ان يستضر الكل أو البعض أولا يستضر أحدهم، و فى الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر و العضائد الضيقه، و فى الثانى: ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر، و ان امتنع المتضرر لم يجبر.» أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاؤه، و تفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم أو لا يستضر أحدهم.

أما الثالث فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، و اما إذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهم جميعا، و لا يجبر الممتنع، منهم بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايأه، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعده نفى الضرر، و ان كان الملتمس للقسمه و هو المستضر

اجبر من لا يتضرر، و على كل حال فلا بد من ان لا يكون الضرر فاحشا أو موجبا للسقوط عن الماليه، و إلا قسم بنحو آخر.

و ان استلزم بقاء المال على الشركه ضررا أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسّم.

و اما إذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا إجبار كما سيأتى.

و لو كـان الأقـل ثمنـا أكثر مرغوبيه فهـل يراعى فى القسـمه جهه المرغوبيه أو يراعى جهه الماليه؟ وجهان مبنيان على حـد دلاله قاعـده لا ضـرر و لإضـرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضـرر المالى فالمفروض عـدمه هنا لأجل التعـديل بالقيمه، و ان قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضا منعت التقسيم المضر بالعرض و ان لم يلزم الضرر المالى.

أقسام القسمه:

فظهر ان القسمه على قسمين: قسمه إجبار و قسمه تراض، و قد ذكر المحقق هذا بقوله: «ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد و لا ضرر أجبر الممتنع، و تسمى قسمه إجبار، و ان تضمنت أحدهما لم يجبر و تسمى قسمه تراض» .

فـان لم يكن فى البين رد و لاـ ضـرر أجبر الممتنع عن التقسـيم، لأـن الإنسـان له ولاـيه الانتفـاع بمـاله و الاـنفراد أكمـل نفعـا، و المفروض عـدم المـانع من اعمـال هـذه الولايه، و هـذه قسـمه الإجبار، و ان كان هناك رد أو ضـرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف و هذه قسمه التراضى.

و على هـذا الأسـاس قـال المحقق: «و يقسم الثوب الـذى لاـ تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسـمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر و عدم الرد فيها، «و ان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمه» قال:

«و تقسم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

ص:۵۲

لکن فی المسالک: «و منهم من قسّمها ثلاثه أقسام: قسمه الافراز و هی أن یکون الشیء قابلا للقسمه الی اجزاء متساویه الصفات کذوات الأمثال و کالثوب الواحد و العرصه الواحده المتساویه، و لا إشکال فی کون هذا القسم اجباریا مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعا بها أو حافظه للقیمه کما مر.

و الثانی: قسمه التعدیل، و هی ما تعدل سهامها بالقیمه، و هی تنقسم الی ما یعد شیئا واحدا و الی ما یعد شیئین فصاعدا، فالأول-ما یعد شیئا واحدا کالأرض التی تختلف قیمه اجزائها. و مقتضی عباره المصنف قسمه هذه إجبارا إلحاقا للتساوی فی القیمه بالتساوی فی الاجزاء، و یحتمل عدم الأجبار هنا لاختلاف الأغراض و المنافع، و الوجهان جاریان فیما إذا کان الاختلاف لاختلاف الجنس کالبستان الواحد المختلف الأشجار، و الدار الواحده المختلفه البناء. و الأشهر الإجبار فی الجمیع.

و الثانی-ما یعد شیئین فصاعدا، و هو ینقسم الی عقار و غیره:

فالأول کما إذا اشترکا فی دارین أو حانوتین متساویتی القیمه، و طلب أحدهما القسمه بأن یجعل لهذا دارا و لهذا دارا. و لا یجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران و الحانوتان أم تباعدا، لشده اختلاف الأغراض باختلاف المحال و الابنیه فیلحقان بالجنسین المختلفین. و لو کان بینهما دکاکین متلاصقه لا یحتمل احادها القسمه-و تسمی العضائد-فطلب أحدهما أن یقسم أعیانها ففی إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم و سیأتی.

و أما غیر العقار، فإذا اشترکا فی عبید و دواب أو أشجار أو ثیاب، فاما أن یکون من نوع واحد أو من متعدد، فان کانت من نوع واحد و أمکن التسویه بین الشریکین عددا و قیمه کعبدین متساویی القیمه بین اثنین و ثلاث دواب متساویه القیمه بین ثلاثه، فالذی اختاره المصنف و الأکثر أنه یجبر علی قسمتها أعیانا و یکتفی بالتساوی فی القیمه، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فیها. و فی القواعد

استشکل الحکم فی العبید. و نقل فی المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا، و المذهب هو الأول. و لو لم یمکن التسویه فی العدد کثلاثه أعبد بین اثنین علی السویه أحدهما یساوی الآخرین فی القیمه، فإن قلنا بالإجبار عند إمکان التسویه فهنا وجهان، ینظر أحدهما إلی تعادل القیمه، و الثانی إلی اختلاف العدد و تفاوت الأغراض. و لو کانت الشرکه لا ترتفع الا عن بعض الأعیان کعبدین بین اثنین قیمه أحدهما مائه و قیمه الأخر مائتان فطلب أحدهما القسمه لیخص من خرجت له القرعه بالخسیس و ربع النفیس ففی إجبار الأخر وجهان مبنیان علی المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناک فهنا أولی، و ان قلنا بالإجبار هناک فهنا وجهان أصحهما المنع، لأن الشرکه لا ترتفع بالکلیه، و لو کانت الأعیان من أنواع مختلفه کالعبد الترکی مع الهندی و الثوب الإبریسم مع الکتان مع تساویهما فی القیمه ففی إجبار الممتنع وجهان مرتبان، و أولی بالمنع هنا لو قیل به فی السابق. و کذا القول لو اختلف قیمتهما و أمکن التعدیل، و یظهر من المصنف و جماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القیمه، فأما الأجناس المختلفه کالعبد و الثوب و الحنطه و الشعیر و الدابه و الدار فلا إجبار فی قسمه أعیانها بعضها فی بعض و ان تساوت قیمتهما.

و الثالث: قسمه الرد بان یکون بینهما عبدان قیمه أحدهما ألف و قیمه الأخر ستمائه، فإذا رد آخذ النفیس مائتین استویا. و لا خلاف فی کون هذا القسم مشروطا بالتراضی، و سیأتی الکلام فیه، انتهی.

أقول: و حاصله انه مع اختلاف الغرض لا یجوز الإجبار، و ان أمکن التعدیل فی القیمه بلا رد، قال فی الجواهر: و هو کما تری لا نعرف له مدرکا ینطبق علی أصولنا إلا دعوی حصول الضرر فی بعض دون آخر، و هی مجرد اقتراح، و انما صدر من العامه علی أصولهم الفاسده.

ثم قال فی الجواهر: اللهم الا أن یکون فی مختلف جهه الشرکه فیه، بمعنی عدم الشرکه فی مجموع آحاده و ان تحققت فی أفراده بأسباب مستقله، فإنه لأجبر

فی قسمه بعض فی بعض قطعا، بل الظاهر عدم مشروعیه القسمه فیه بالمعنی المصطلح و ان جازت بنوع من الصلح و نحوه، لکون القسمه حینئذ قسمه معاوضه لا ـ افراز، و ذلک لانه معها یکون له النصف من کل منهما مثلا، و لا یجب علیه معارضه ما یستحقه فی أحدهما بما لصاحبه فی الأ ـ خر، إذ لیست هی إفراز حینئذ بخلاف ما لو کانت الشرکه فی مجموعه، فان له حینئذ نصفا منه و هو یمکن انطباقه علی أحدهما.

و من ذلک یظهر لک اعتبار الإشاعه فی مجموع الأعیان المشترکه التی یراد قسمتها بعض فی بعض، بل لا موضوع للقسمه فی غیره مما آحاده مشترکه بأسباب مستقله من دون شرکه بمجموعه، و لیس المراد فی الأول اعتبار نصف المجموع مثلا کی یرد حینئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز و الأخر بالتعدیل، و المعلوم خلافه نصا و سیره، و انما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشرکه فی المجموع علی وجه یصح قسمته بعض فی بعض بحیث یکون النصف أحد المالین مثلا، فتأمل فإنه دقیق نافع. الی آخر ما ذکره.

و ملخصه: عدم إمکان القسمه بالقیمه فی صوره اختلاف سبب الشرکه، فلو اشترک أخوان فی مال بالإرث و فی آخر بالشراء، کان النصف المشاع من کل واحد لکل واحد من الأخوین، و حینئذ لا یقسم هذان المالان بان یجعل بعضه فی مقابل بعض بالقیمه، و ظاهر کلامه یعم المثلی و القیمی معا.

و لم یتضح لنا وجه هذا التفصیل، لان کل مال مشترک بالإشاعه یکون نصف کل جزء لهذا و النصف الأخر منه للآخر، حتی یصل الی الجزء الذی لا یتجزء من دون فرق بین اتحاد سبب الشرکه و تعدده، و علی هذا فإنه تجعل المصادیق الخارجیه لکلی النصف ثم تعیّن لکل واحد بالقرعه، نعم ان النصف الکلی لما ورثاه لا یکون مصداقا لکلی النصف من المال الذی اشتریاه، و لکن إذا قسمت الأموال من حیث المجموع بلحاظ القیمه إلی قسمین مع غض النظر عن سبب الملکیه تحقق المصداق للمملوک، و بالقرعه یتعین المالک لکل نصف.

و علی الجمله ان اختلاف سبب الملک لا یوجب اختلاف الملک و السیره قائمه

على التقسيم من دون نظر الى أسباب التملك، فان ما تركه الميت لوراثه بالإشاعه، و يقسم بينهم من دون نظرا إلى أفراد التركه من حيث أسباب تملك الميت إياها.

قال المحقق قدس سره: «و إذا سألا القسمه و لهما بينه بالملك قسّم، و ان كان يدهما عليه و لا منازع قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم و قال فى الخلاف: يقسم و هو الأشبه لأن التصرف دلاله الملك» .

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمه فتاره يعلم الحاكم بكون المال ملكا لهما بالاشتراك، و أخرى: تقوم البينه على ذلك عنده، و ثالثه: لا علم و لا بينه بل لهما يد على المال. فعلى الأولين: لا اشكال و لا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال. و على الثالث فعن المبسوط: لا ـ يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، و عن الخلاف انه يقسّم و عليه المشهور، و اختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، و فى الجواهر: بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه.

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكما و الحكم يتوقف على البينه.

و وجه الجواز: ان اليد و التصرف دلاله الملك. و هذا هو المختار، و الاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم.

كيفيه القسمه:

ان الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمه المحتاجه إلى التعديل على أربعه أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرا و قيمه.

الثاني: أن تتساوى الحصص قدرا لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرا.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرا و قيمه.

قال المحقق: «الحصص ان تساوت قدرا و قيمه فالقسمه بتعديلها على السهام، لانه يتضمن القيمه كالدار تكون بين اثنين و قيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين.

و هـذا هو القسم الأول، و حيث يتحقق التعـديل كما ذكر تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحـد من الشـريكين، و سيأتى بيان كيفيه القرعه.

قـال: «و ان تسـاوت قـدرا لا ـ قيمه عـدل السـهام قيمه و ألغى القـدر، حتى لو كـان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين» و هذا هو القسم الثانى.

و أمـا كيفيه القرعه: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصـفين المتساويين قـدرا و قيمه كما فى القسم الأول أو قـدرا فقط كما فى القسم الثـانى «فى رقعه و يصف كـل واحـد بمـا تميزه عن الأـخر و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشـمع أو الطين و يأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو «أن يكتب كل اسم» من اسـمى الشـريكين «فى رقعه و يصونهما و يخرج على سـهم من السـهمين، فمن خرج اسـمه فله ذلك السهم» .

قال فى الجواهر: و الظاهر عـدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلـك من القيـود المزبـوره، إذا المراد حصـول التعيين من غير اختيارهمـا أو وكيلهمـا، بـل يفوضـان أمره الى اللّه تعـالى و يفعلان ما يفيده، و ان كان الاولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

قلت: و من ذلك عـدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعه واحـده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعه على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم، و الحصه الثانيه للآخر.

قال المحقق: «و ان تساوت الحصـص قيمه لا قـدرا مثل أن يكون للواحـد النصف و للآخر الثلث و للآخر السـدس، و قيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السـهام على أقلهم نصـيبا فجعلت أسداسا» و يعطى لكل واحد سـهمه، و تكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السـدس ما يساوى سـدس المجموع قيمه، و لا يكتفى بالتعـديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلا.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی

(فی الدار التی لها علو و سفل)

قال المحقق قده: «لو کان لدار علو و سفل فطلب أحد الشریکین قسمتها بحیث یکون لکل واحد منهما نصیب من العلو و السفل بموجب التعدیل جاز» بلا خلاف و لا إشکال فی الجواهر.

قال: «و أجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» أی لما تقدم من أن المانع من الإجبار هو الضرر، فمع فرض انتفائه یجبر الممتنع منهما عن التقسیم.

قال: «و لو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم یجبر الممتنع» .

أقول: قال فی القواعد: «بل أخذ کل منهما نصیبه من العلو و السفل بالتعدیل» أی کما فی الوجه الأول المتقدم، و علله کاشف اللثام بقوله: «لان البناء تابع للأرض و العلو للسفل فإنما یجبر علی قسمه تأتی علی الأرض، و لان من ملک شیئا من الأرض ملک قراره إلی الأرض السابعه و هواه الی السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء و العلو عن القرار» . قلت: مضافا الی أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بینهما، کما إذا انهدم سقف السفل فإنه یقع النزاع بین مالک السفل و مالک العلو فی تعمیره.

و هناک وجه ثالث من التقسیم لا یجبر الممتنع فیه کالثانی، و قد ذکره المحقق

بقوله: «و كذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا» أو طلب قسمه أحدهما و بقاء الثانى على الشركه فامتنع الأخر عن ذلك.

و على لجمله ان صور التقسيم مختلفه، و الملاک العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقا من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، و متى لم يلزم أجبر.

المسأله الثانيه

(فى قسمه الأرض التى فيها زرع)

قال المحقق قدس سره: «لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمه الأرض حسب، أجبر الممتنع» .

أقول: و قد نقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور، و فيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الأخر: لإبل يقسم الكل أى الأرض و ما عليها، فلما ذا يجبر هذا و لا يجبر ذاک؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: «لان الزرع كالمتاع فى الدار» .

أقول: يعنى فرق بين الأرض و البناء و بين الأرض و الزرع، فان البناء تابع للأرض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالمتاع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجردا عن الزرع لعدم التبعيه كما تباع الدار، و لا يباع معها المتاع الموجود فيها، و من هنا فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أجبر الممتنع، و لازم هذا أنه إذا طلب الأخر تقسيم الزرع أيضا أجبر الأخر على ذلک لفرض الاستقلال.

قال: «فلو طلب قسمه الزرع قال الشيخ: لم يجبر الأخر، لأن تعديل ذلک بالسهام غير ممكن، و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» .

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى إمكان التعديل و عدمه، لكن الزارعين- و هم أهل الخبره بالتقسيم فى جميع الحالات- إذا توقفوا فى كيفيه التقسيم يبيعون الزرع و يقسمون ثمنه.

ص:۵۹

قال: «اما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمه لتحقق الجهاله» .

أقول: لا خلاف فى هـذه المسأله، لأن البـذر الذى يظهر من الأرض لا يمكن تقسـيمه لعدم المساواه بين الحب الموجود فى هذا الجريب من هذه الأرض و بين الموجود فى الجريب الأخر، و ان كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل جريب معلوما، و لانه لا يعلم الفاسـد من غيره فى البـذر الموجود فى هـذه الأرض، فما ذهبوا اليه من عدم صـحه القسـمه حينئذ هو الصـحيح بل لا عرفيه للقسمه فى هذه الصوره.

قال: «و لو كان سنبلا قال أيضا: لا يصح. و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا» .

أقول: قال الشـيخ فى المبسوط: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحـدهما القسـمه فاما أن يطلب قسـمه الأرض أو الزرع أو قسـمتهما معـا، فان طلب قسـمه الأرض دون غيرها أجبرنا الأخر عليها، على أىّ صـفه كان الزرع، حبا أو قصـيلا (١) أو سنبلا قد اشـتد، لان الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسـمه فالزرع مثله، و أما ان طلب قسـمه الزرع وحده لم يجبر الأخر عليه، لان تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. و أما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

اما أن يكون بذرا أو حبا مستترا أو قصيلا، فان كان حبا مدفونا لم تجز القسمه، لأنا ان قلنا القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معـدوم فلا تصـح، و ان قلنا بيع لم يجز لمثل هذا. و ان كان الزرع قد اشـتد سـنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذرا و قد ذكرناه، و ان كان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها، لان القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» .

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيدا، و ان حاول صاحب الجواهر قده بيانه فلاحظ و تأمل.

المسأله الثالثه

(فی قسمه القرحان المتعدده)

قال المحقق: «لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فی بعض لم يجبر الممتنع» .

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها و الاستقلال (بخلاف ما إذا تعددت الغرف فی دار فان العرف يرى الملك واحدا) فالمشهور عدم جواز الإجبار على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فی مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحدا فلا مانع من جعل غرفه فی مقابل غرفه.

و هذا يكون فی الدور المتعدده، و الأراضی المتعدده، و الدكاكين المتعدده، و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير، أما فی الثياب مثلا فيجوز مع التعديل فی القيمه.

و كلمات الأصحاب فی عدم الإجبار هنا مطلقه، أی سواء أمكن تقسيم كل واحد على حده أولا، و سواء كانت متجاوزه أو لا، و عن ابن البراج انه قال: إذا استوت الدور و الأقرحه فی الرغبات قسمت بعضها فی بعض. قال: و كذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حده جمع حقه فی ناحيه.

و فی الجواهر التأمل فی تحقق هذه الشهره، لكن الظاهر تحققها-كما فی المسالك-و لم ينقل الخلاف فی المختلف و مفتاح الكرامه إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخری المتأخرين كصاحب المدارك.

و أشكل فی الجواهر فيه بأن ميزان التقسيم الذی يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق الى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكل على حده بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد، و لا يجبر على تقسيم بعض ببعض، و ان لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع،

خلافا للمشهور حيث منعوا عنه، و كان لازم منعهم بيع المال و تقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: انّ التقسيم عباره عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الأخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحدا أمكن تقسيمه بالتناصف، و أما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفا كالغنم و الإبل مثلا فان قلنا لأحدهما: أعط حقك من الغنم فى مقابل حقّك فى الإبل كانت معاوضه و مبادله عند العرف و ليس تمييز حق عن حق.

و بعباره اخرى: ان أدله القسمه منصرفه عما إذا كان الجزء المشاع متميزا فى الخارج عند العرف، و ان موردها هو المال المتحد و ان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور، و ما ذهبوا اليه هو الأظهر.

قال المحقق: «و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الأخر، و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفه» .

أقول: هذا لا خلاف فيه كما فى الجواهر و لا اشكال، لما تقدم من انه فى كل مورد أمكن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: «و يقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها» .

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، و الأشجار توابع كالأبنيه كما عرفت سابقا.

و عن الشيخ: و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل انه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحدا و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، و أصل هذا و جوازه على الشفعه فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه» .

قلت: ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحده و التعدد فى هذا المقام بهذا الكلام، و أما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

و لم يفرق المشهور فى الملك بين المتحد سببا و المختلف كالشراء و الإرث و هو الصحيح خلافا لصاحب الجواهر حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقا.

قال المحقق: «و لا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالأقرحه المتباعده.

أقول: و عن العلامه فى الإرشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور و القرحه، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال: انها واحده لأن الأصل الأرض و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده.

و فيه: ان الأرض التى عليها الشجر تكون أرضا واحده عند العرف و ان كان شجرها مختلفا، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، و كذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين الى البناء و الأرض تابع له، و لذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافا الى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه و المبادله، بخلاف الأمر بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذاك.

ص:٦٣

النظر فی اللواحق

الاولی: لو ادعی بعد القسمه الغلط و هی ثلاث،

قال المحقق. «إذا ادّعی بعد القسـمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بینه سمعت و حکم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمییز الحق و لم یحصل، و لو عدمها فالتمس الیمین کان له ان ادّعی علی شریکه العلم بالغلط» .

أقول: لا فرق بین أن نأخذ «الغلط» بمعنی الاشـتباه أو بمعنی عدم صـحه التقسیم و ان کان عن عمد. و قوله: «لم تسمع دعواه» أی مع عـدم البینه، و من المـدعی علیه الغلـط؟ انه القـاسم، و قـال ثانی الشـهیدین: «لا فرق فی عـدم سـماع دعوی الغلط فی القسـمه بمجردها بین کون القاسم منصوب الامام و من تراضـیا به و أنفسـهما، لأصاله صـحه القسمه الی أن یثبت المزیل، و لان منصوب الإمام کالقاضی لا یسمع الدعوی علیه بالظلم» .

قـال المحقق الآشتیـانی قـده: «و قـد تنظّر فیه الأسـتاد العلاـمه بأن مرجع دعوی الغلط فی القسـمه إلی إنکار أصل القسـمه، فلیس هناک قسمه مسلم الوقوع بین الشریکین قد وقع النزاع فی صحتها و فسادها حتی یحکم بصحتها، و لا یتوهم جریان هذا الإشکال فی سـائر المقامـات أیضـا، بـأن یقـال ان مرجع نزاع المتبـایعین فی صـحه البیع و فساده إنکار أصل البیع، فان البیع العرفی هناک متحقق مسلم الوقوع بینهما، و انما یدعی أحدهما فساده من جهه عدم مراعاه بعض ما اعتبر فیه شرعا، و هذا

بخلاف المقام، فان مرجع النزاع فيه الى إنكار أصل القسمه العرفيه، ضروره أن القسمه من دون التعديل لا تسمى قسمه عرفا أيضا، و الحاصل أن القسمه عباره فى العرف عن التمييز و الافراز حسبما عرفت سابقا، فان سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، و الا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» .

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمه إلى الصحيحه و الفاسده، بل أمرها يدور بين الوجود و العدم، و ليس الأمر كما ذكره بل فى القرآن الكريم «تِلْكَ إِذاً قِسْمَةٌ ضِيزى» (۱).

قال الآشتياني: «ثم أجاب دام ظله عن الاشكال المذكور بوجهين أحدهما، أن يكون المراد بالقسمه هى صورتها لا القسمه الحقيقيه فيقال: انّ الأصل صحه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بينهم» .

قلت: و لم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: «ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمه، أى فعل القاسم الذى هو سبب لتحقق التميز، فإنه قد يقع و لا يترتب عليه التميز و الانعزال، و قد يقع و يترتب عليه، و قد يقع و يشك فى ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظرا إلى أصاله الصحه فى الفعل الواقع من المسلم» .

و كيف كان: «فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطلان القسمه» و ذلك كما قال المحقق «لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل» التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الأخر، و طريق إقامه البينه-كما فى المسالك-ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسحا و يعرفا الحال و يشهدا، فان شهد القاسم-و آخر معه-بصحه القسمه قال العلامه ان كان عمله بأجره فهو متهم و ان كان مجانا اعتبرت الشهاده و وقع التعارض بين البينتين، لكنه مشكل-كما فى الجواهر-لأن شهاده الإنسان فى حق نفسه غير مسموعه بل لا تقبل فى عمل الغير الذى يرجع اليه نفعه، نعم يكون قوله

۱- ۱) سوره النجم ۲۲.

حجه فی صوره شک أحد الشریکین و السؤال منه من دون مرافعه.

و کیفیه إقامه الدعوی عند الحاکم علی القاسم أن یقول للحاکم: لقد قامت البینه عندی علی وقوع الخطأ فی القسمه فیقول له: أحضرها، کذا فی مفتاح الکرامه، و قیل: لا تسمع الدعوی علی قاسم الحاکم حتی مع البینه، و هذا مشکل.

فظهر أن الدعوی لا تسمع مع عدم البینه، فإن کان له بینه و أقامها سمعت و ترتب الأثر علی ذلک.

و لو عدم المدعی البینه فهل له التماس الیمین؟ قال المحقق: کان له.

فمن یکون الحالف حینئذ القاسم أو الشریک؟ قال المحقق: الشریک. و هل یحلّفه مطلقا؟ قال المحقق لإبل ان ادعی علی الشریک العلم بالغلط.

و توضیح ما ذهب الیه المحقق هو: انه ان ادعی علی الشریک علمه بالغلط -بأن یقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو یدعیه علیه بعد العمل-فإن أقر الشریک فلا کلام و ان أنکر أحلفه الحاکم، فان حلف علی نفی العلم سقطت الدعوی، و ان نکل ثبتت الدعوی بناء علی ثبوتها بالنکول، و أما علی القول بعدم کفایه النکول رد الیمین علی المدعی فان حلف ثبتت و الا سقطت.

أما القاسم فلا یحلف، لأنه ان حلف بعدم الغلط کانت النتیجه للغیر و هو المدعی علیه، و ان أقرّ لا یعتبر إقراره لأن نفعه یعود الی المدعی و المفروض أن الشریک لا یصدقه.

فان کان القاسم منصوبا من قبل الحاکم فلا یحلف بالأولویه.

و قال جماعه بجواز حلف الشریک علی نفی الواقع، بل قیل انه المشهور بین الأصحاب خلافا للمحقق.

و لو أنهما قسّما المال بأنفسهما فادعی أحدهما وقوع الغلط و أنکر الأخر فلا یحلف المنکر مع عدم البینه-الا علی نفی العلم بالغلط و الاشتباه.

هذا کلام المحقق، و قد وافقه فی الجواهر خلافا للآخرین.

ص:۶۶

أقول: و الحق ما ذهب اليه المحقق، لان القاسم لا يحلف، لان يمينه فى حق الغير، و لا يحلف الشريك على نفى الواقع، لأنه فى فعل الغير، فتبقى اليمين على نفى العلم، و كذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفى الواقع، مع أن المدعى قد شاركه فى هذا التقسيم حسب الفرض.

و قال المحقق الكنى ما حاصله: ان الغلط يكون تاره بمعنى المصدر المبنى للفاعل، و عليه فلا يمكن إحلاف الشريك على نفى الغلط من القاسم، و أخرى يكون بمعنى المصدر المبنى للمفعول، فهنا يجوز إحلافه و له الحلف على نفى وقوع الغلط ان كان عالما، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، و من قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. و بذلك يجمع بين القولين.

أقول: و بناء على كون «الغلط» بمعنى المصدر المبنى للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلا فى القسمه أو ناظرا لها، و حينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، و كذا لو ادعى عليه وجود شىء من حقه فيما بيده من المال، فله ان يحلف على القطع و البت ان كان عالما و الا رد.

و لعل هذا هو مراد من نص على جواز إحلاف الشريك و ان لم يدع عليه العلم.

الثانيه: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا:

قال المحقق قدس سره: «إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فان كان معينا مع أحدهما بطلت القسمه و لو كان فيهما بالسويه لم تبطل. و لو كان فيهما لا بالسويه بطلت.» أقول: قال الشيخ قدس سره فى المبسوط: «إذا كانت يدهما على ضيعه ثلاثين جريبا فاقتسماها نصفين فبان ثلثها مستحقا فان المستحق يتسلم حقّه، و أما القسمه فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، اما ان يكون معينا أو مشاعا، فان كان معينا نظرت فان حصل فى سهم أحدهما بطلت القسمه، لأن الإشاعه عادت الى حق شريكه، و ذلك ان القسمه تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل

له مستحقا كان حقه باقيا فى حق شريكه، فاما ان وقع المستحق فى نصيبهما معا نظرت، فان وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الأخر بطلت القسمه أيضا لما مضى، و ان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه و ينصرف و كانت القسمه فى قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمه إفراز الحق و قد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه هذا إذا كان المستحق معينا و أما ان كان مشاعا.» فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقا لغيرهما، فتاره يكون المال المستحق للثالث معينا، و اخرى يكون مشاعا، فان كان معينا فهنا صور:

الاولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الأخر. فهنا تبطل القسمه بلا اشكال و لا خلاف، لبقاء الشركه حينئذ فى النصيب الأخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

و الثانيه: أن يكون المال المستحق فى مال المتقاسمين كليهما بالسويه، و هنا لا تبطل القسمه بلا خلاف و لا إشكال، لأن الغرض من القسمه و هو افراز كل واحد من الحقين عن الأخر حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركه الكائنه بينهما بهذه القسمه، و أما كون الثالث شريكا مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتى.

و ما عن بعض العامه من احتمال بطلان القسمه هنا لتبعض الصفقه ضعيف، لانه مبنى على ان القسمه بيع، و قد تقدم أنها معامله مستقله و ليست ببيع.

و الثالثه: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويه، ففى هذه الصوره تبطل القسمه لعدم تحقق الشرط فى القسمه و هو التعديل بعد إخراج سهم الثالث.

و حيث يتحقق التعديل فيحكم بصحه القسمه. كما فى الصوره الثانيه. فلا حاجه الى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص فى حصه أحدهما بأخذ المال المستحق و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه لوضوح بطلان القسمه حينئذ لعدم تحقق التعديل.

و كـذا الأمر لو ظهر فى نصـيب أحـدهما عيب، و قيل هنا بعـدم البطلان بل هو مخيّر بين أخـذ الأرش و الفسخ بالإقاله. و فيه، ان أدله الإقاله لا تأتى فى القسمه لأنها ليست ببيع كما تقدم (١).

و كذا لا يأتى فى القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

و لما ذكرنا أيضا لا حرمه لما يحـدثه أحـدهما فيما بيده من بناء و نحوه لو ظهر الاسـتحقاق-بخلاف البيع، فان ذلك له حرمه لو أراد الفسخ-فيكون نظير ما إذا بنى دارا على أرض ظانا بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئا على صاحب الأرض-الا إذا كان مغرورا فـإنه يرجع على من غرّه. نعم له نقل الأعيان التى تكون له مع الإمكان، و كـذا لو اسـتعار كتابا ثم صـححه ظانّا بأنه ملكه، فليس له مطالبه أجره فى مقابل عمله من مالكه.

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كله ان كان المستحق معينا.

قال المحقق قـده: «و ان كان المسـتحق مشاعا معهما فللشـيخ قولان (٢) أحـدهما: لاـ تبطل فيما زاد عن المسـتحق، و الثانى تبطل لأنها وقعت من دون اذن الشريک و هو الأشبه» .

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقا لغيرهما، فان كان مع سهم كلا

الطرفين شارک کلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه و ليس الکل شرکاء فی الکل، لکن شرکه الثالث معهما يتوقف على الاذن، و حينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلک القسمه التی أدت الى هذه الشرکه فضوله؟ الظاهر ذلک، کما إذا کان اخوان شريکين فی مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقی منهما و ابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترک مع أخيه فی النصف مشاعا، و يستقل عمهما بالنصف الأخر، فإذا حضر الأخ و أجاز القسمه هذه صحت، و فيما نحن فيه إذا أجاز المستحق کان شريکا معهما، بمعنى انحلال الشرکه الاولى و حدوث شرکه ثانيه، فيکون نظير ما إذا قسّم المال المشترک بين أربعه إلى قسمين يشترک کل اثنين منهما فی قسم.

و کما لو کان عبدان مشترکين بين اثنين بالتناصف و کان أحدهما يسوى عشرين دينارا، و الأخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال فی تملک الرخيص منهما جاز، فيکون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، و تبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدّلت شرکتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشرکه، و لما ذکرنا قال فی الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن، على ان تکون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها کاف.

و بالجمله: إذا أمضى يکون شريکا مع کل واحد فيما بيده بالنصف مشاعا فی الفرض المذکور أولا، و هذا کلّه فيما إذا کان التقسيم بالتعديل و الاّ بطلت القسمه.

و لو کان فی سهم أحدهما حيوان مثلا فتلف، فان کانت القسمه صحيحه فهو فی ملکه، و ان کانت باطله ثبت الضمان، سواء کان التلف بسببه أو بسبب غيره، لان المأخوذ بالقسمه الباطله حکمه حکم المأخوذ بالعقد الفاسد.

الثالثه: لو قسم ترکه الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده: «لو قسّم الورثه ترکه ثم ظهر على الميت دين، فان قام

الورثه بالدين لم تبطل القسمه، و ان امتنعوا نقضت و قضى منها الدين» .

أقول: مذهب المحقق قدس سره هو أن التركه تبقى على حكم مال الميت فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، و الا كان للديان أخذ التركه فى مقابل حقهم، و بعباره اخرى: انه يتعلق بالتركه حق الورثه بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم و يتعلق بها حق الديان، بأن يأخذوها فى مقابل الدين ان امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركه موردا لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون.

و قال العلامه فى القواعد: «و لو قسّم الورثه التركه و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و الا بطلت القسمه، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقى وفاء اخرج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم ان لم تؤد الورثه» و حاصل العباره:

ان الورثه يملكون التركه ملكيه متزلزله، فإن أدّوا الدين استقرت و الا أخذ الديان التركه.

و كيف كان، فان قسّم الورثه التركه و ظهر الدين، فتاره يكون الدين مستوعبا لها و اخرى لا يكون كذلك، فبناءا على مختار القواعد و بعضهم قد قسموا ما لا هو لهم فالقسمه صحيحه، و حينئذ يتعلق حق الديان-المتعلق سابقا بكلى التركه- بالسهام المتشخصه بالتقسيم و المتحققه خارجا بيد كل واحد من الورثه، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم، و ان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكيه من أدّى دون من امتنع.

قد يقال: ان هذه التركه تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، و لا يجوز للمرتهن التصرف فيه الاّ مع اذن الأخر، فكيف تكون قسمه الورثه للتركه صحيحه بدون اذن الديّان حتى يتشخص بهذه القسمه متعلّق حقهم بعد أن كان كلّيا؟ لكن يمكن الجواب عنه بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان،

فإن أدله الإرث و القسمه تقتضى جواز التقسيم، و لا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصيا بعد أن كان كليا و هذا لا مانع منه، لانه يكون نظير ما إذا أدّوا نصف الدين قبل التقسيم و بقى النصف الأخر، نعم لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركه كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمه و ان لم يمتنع بعض الورثه عن أداء ما عليهم.

و عليه فان مات المورث و عليه الخمس، و اقتسم الورثه التركه فأدى بعضهم ما عليهم و امتنع البعض الأخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدّى ما عليه بالنسبه -من المال الواجب أداؤه من جهه الخمس الذى كان على الميت-مالكا لما بيده، و من امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، و على التقدير الثانى: لا يجوز لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الأول (١).

اذن يصح التقسيم بناء على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، و ان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالا مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده استرجع ما فى يد كليهما و لا اشكال فيه.

و أما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمه فى مال الغير؟ و كيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير؟ و أجيب بأن المال و ان لم يكن للورثه إلا

أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدّوا الدين تنتقل التركه إليهم و تكون ملكا لهم، فهم فى التحقيقه قد قسموا ما لاـ متعلقا لحقهم، و يملك كل واحد منهم ما وقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به، و يكون الحاصل: صحه القسمه بالنسبه الى من أدّى و بطلانها بالنسبه الى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع اليه لا بمعنى بطلان القسمه.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمه فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فان قبل كان المال ملكا له، و ان كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملّكه الوصى كان ملكه، و الا كان فى حكم مال الميت فلا يتصرف فيه أحد و لا يقسم بين الورثه.

و محل الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه موردا للوصيه التمليكيه، ففى الدروس و المسالك انه ان كانت الوصيه وصيه مال من غير اضافه لها الى مال معين كانت كالدين، و ان كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ما له مثلا كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقا.

أقوال: جعلهم الوصيه فى الصوره الأولى كالدين فيه تأمل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، و أما إذا قال ادفعوا من مالى مأه أو ادفعوا هذه المائه كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقيا فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، و لا للوارث كما اختار صاحب الجواهر فى الدين. و لا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

و لو أرسل و قال: ادفعوا مائه، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائه للموصى له، فلو عادلت المائه عشر المال كان العشر له بالإشاعه، و يمكن ان يكون كالصاع من الصبره، و حينئذ يكون لهم التصرف فى المال حتى إذا بقى المقدار الموصى به و انحصر الكلى فى الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه فلا يجوز التصرف فى شيء من المال إلا بإذن الموصى له، لان المفروض انه يشاركهم فى كل جزء جزء من المال. و كيف

كان فليس هذا كالدين.

و بناء على ما ذكرنا يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، و قد تقدم الكلام عليه، و لا يبعد أن تكون القسمه صحيحه حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن-نظير ما إذا غصب مالا و باعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالك، فالبيع صحيح و ان كانت تصرفاته محرمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفى و هو حرمه التصرف مع الحكم الوضعى و هو الصحه.

و لو كان مورد القسمه أرضا فقسموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين فى السهم الأخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء، و لو قسموا دارا كبيره لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الأخر-إلا مع اذنه-و ان كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد و لا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه.

هذا و هل لولى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ ان كان فى القسمه مفسده للمولى عليه فلا ريب فى العدم، و هل يكفى عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، و مع تساوى الأمرين-الشركه و عدمها-من حيث المصلحه فهل يجوز له ان يطالب بالقسمه؟ قولان. و قيل فى هذه الصوره تكون اجره القسام على الولى نفسه.

أقول: و الأحوط ان لا يطالب الولى بالقسمه إلا فى صوره وجود المصلحه للمولى عليه، لأن الأجره تكون على المولى عليه لأعلى الولى.

و حيث يطلب الشريك القسمه و لا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلك، و كذا العكس لكن عليه الأجره.

الكلام فی:أحکام الدعاوی

اشاره

ص:۷۵

تعریف المدعی:

اختلفت کلمات الأصحاب فی تعریف «المدعی» الذی استفاض ذکره فی نصوص کتاب القضاء، فعرّفوه بتعاریف:

قال المحقق: «و هو الذی یترک لو ترک الخصومه» أی: هو الذی یخلی سبیله و یسکت عنه لو سکت عن الخصومه. و هذا التعریف للمحقق و جماعه بل قیل انه المشهور.

«و قیل هو الذی یدعی خلاف الأصل أو أمرا خفیا» أی: منافیا للظاهر الشرعی قال فی الجواهر «و عن بعضهم حکایه التفسیر بالمعطوف خاصه عن بعض، و بالمعطوف علیه خاصه عن آخر. و حینئذ تکون الأقوال أربعه» .

و قد نوقش الأول عدم الانعکاس أو عدم الاطراد، فقد یترک المدعی الدعوی أو المدعی علیه و تبقی الخصومه، فلو أودع مالا عند شخص فادعی ردّه علیه فأنکر صاحب المال لم یترک المدعی لو ترک دعوی الرد بل یطالب بالرد، و أجاب فی الجواهر بأن مطالبه المدعی بالیمین و المنکر بالبینه لا یخرج المدعی عن کونه مدعیا، بل ذلک مقتضی الدلیل الشرعی فی بعض الموارد بنحو التخصیص، و فی العروه: ان هنا دعویین إحداهما الإیداع عنده و الثانیه دعواه الرد، فلو ترک هذا دعوی الرد انتفت الخصومه الثانیه و لکن الأولی باقیه.

و المراد من «الأصل» فی التعریف الثانی هو القاعده الکلیه، أعم من الأصل

و الامارات كاليد و الاستصحاب، فالأصل فى اليد دلالتها على الملكيه، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدعى خلاف الأصل.

و قد يراد من «الظاهر» معنى غير «الأصل» كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا فى الدخول فادعته الزوجه و ادعى الزوج العدم كانت دعوى الزوج مخالفه للظاهر.

و لو أسلم الزوجان فادعت الزوجه التقارن فالنكاح باق و أنكر الزوج فهو باطل، فان مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن، و أصاله عدم المقارنه مثبته.

هذا و لكن الاولى-وفاقا للجواهر-هو الرجوع الى العرف فى تشخيص المدعى من المنكر، و فى مورد التداعى حيث يصدق «المدعى» على كليهما يطالبان معا بالبينه، و حيث يشك يعيّن المدعى من المنكر بالقرعه.

و فى العرف: المدعى هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم، أو يريد التخلص من حق لغيره عليه، كأن يدعى إرجاع الامانه و تسليم الوديعه و أداء الدين، فيكون الحاصل وجوب إقامه البينه على من كان عند العرف مدعيا و اليمين على من كان عندهم منكرا، لان الخطابات الشرعيه مثل «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» أو «على من أنكر» و نحوها ملقاه إلى العرف و ليس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحكام فى هذه الموارد-و ان قيل بذلك فى خصوص المدعى-فتشخيص الموضوع بيد العرف، نعم قد يخطأ العرف فى تشخيص موضوع من موضوعات الاحكام و حينئذ لا يوكل الشرع الأمر إلى العرف فى ذاك المورد بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه، و هذا لا ينافى كون خطاباته ملقاه إلى العرف.

فالتحقيق فى المقام ما ذكرناه، و من عرّف المدعى بنحو من الأنحاء المذكوره فقد لحظ المعنى الأكثر انطباقا فى الموارد فى نظره و جعله عنوانا، كليا له، و الا فلا دليل فى الكتاب و السنه و لا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

و حيث عيّن العرف المدعى-و لم يخطئه الشارع-توجه إليه الوظيفه الشرعيه فى إقامه الدعوى، سواء، ترک المخاصـمه لو ترک أولا، و سواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم انه قـد يختلف الأـمر باختلاـف مصب الـدعوى، ففى الإجـاره مثلا قـد يـدعى المسـتأجر وقوع الإجاره بمائه و يـدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كل منهما يدعى شيئا و ينكر ما يدعيه الأخر فيكون التداعى و عليهما البينه، و قد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيهـا، و حينئـذ يكون القائـل بالمـأتين و هو الموجر مـدعيا و عليه إقامه البينه و المسـتأجر منكرا و عليه اليمين، فإن أقام المؤجر البينه ثبتت المأه على المستأجر و الا حلف و سقطت دعوى الموجر.

و فى الـدين: ان طالب الدائن بالمال و أنكر المدين كان الأول هو المدعى و ان قال المدين: قد أديب الدين انقلب مدعيا و كان عليه إقـامه البينه على الأـداء فى البيع، كـأن يقول بعت بعشـرين و يقول المشترى: بل بعشـره، أو يقول: بعتک بعشـرين دينارا من ذهب، فيقول المشترى: بـل من فضه، أو يقول: بعتـک هـذا الشـىء، فيقول بـل وهبتنى إياه، و تظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فان كان الواقع بيعا فاسدا ضمن الآخذ و ان كان هبه فاسده لم يضمن.

و لو كان مورد المخاصـمه هو الضـمان فهـذا يـدعى اشـتغال ذمه الأخر و ذاک ينكر، و حينئـذ يكون الملاحظ نتيجه النزاع، و لا يلتفت الى النزاع حول كون المعـامله هبه أو بيعـا، أمـا إذا كـان مورد النزاع هـذه الناحيه فإنه يقع التعارض بين الـدعويين لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

و مع الجهل بمصب الدعوى و مورد المخاصمه يعيّن بالقرعه.

و كيف كـان فـان الملاحـظ هو نظر العرف فى تعيين المـدعى و المنكر، و يؤخـذ بنظر الاعتبار مصب الـدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

الشروط المعتبره فی المدعی:

(البلوغ)

و کیف کان فقد ذکر المحقق قدس سره الشروط المعتبره فی المدعی بقوله:

«و یشترط فیه: البلوغ، و العقل، و أن یدعی لنفسه أو لمن له ولایه الدعوی عنه، و ما یصح منه تملّکه، فهذه قیود أربعه، فلا تسمع دعوی الصغیر» أقول: الشرط الأول الذی ذکره هو «البلوغ» ثم قال: «فلا تسمع دعوی الصغیر» و لنا فی اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق بحث الا ان یکون إجماع، لأن دعوی انصراف أدله القضاء عن دعوی غیر البالغ ضعیفه، لأن الغرض من نصب القاضی حفظ الحقوق و النظام، و ان اللّه عز و جل لا یرضی بضیاع حقوق غیر البالغین، و مثلها دعوی ان المتبادر من أدله القضاء و سماع الدعوی هو کون المدعی بالغا، فان فی تلک الأدله عمومات و إطلاقات تشمل الصغیر قطعا مثل قوله تعالی «فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» ، و مع هذه الأدله لا وجه للتمسک بالأصل -کما فی المستند.

و أما قوله فی توجیه عدم سماع دعوی الصغیر بأنه قد یحتاج إلی أمور یشترط فیها البلوغ مثل إقامه البینه. ففیه: انه لا دلیل علی اشتراط البلوغ فی إقامه البینه، فإذا أقامها الصغیر علی طبق الموازین الشرعیه فلا وجه لعدم قبولها، و الأدله الرافعه لآثار قول الصبی منصرفه عن کون مورد دعواه ظلم أحد له کالضرب و نحوه، نعم الاعتبارات المحتاجه إلی الإنشاء غیر مسموعه منه، کما أنه إذا وصل الأمر فی المخاصمه إلی الیمین فلا یحلف و لا یحلّف.

و بعباره أخری: البلوغ لیس شرطا فی أصل الدعوی، فان دعوی الصغیر تسمع لکن الأمور المترتبه و أحکام فصل الخصومه و موازین القضاء یشترط فی بعضها البلوغ کالحلف و الإقرار فلا یحلف و لا یحلّف و لا یترتب الأثر علی إقراره، و حینئذ یقوم ولیه مقامه فی هذه الأمور، و بعضها لا یشترط فیه البلوغ کإقامه البینه، و حینئذ یترتب الأثر لعموم الأدله، و انصراف «عمد الصبی خطا» و نحوه عن مثل ذلک

بـل قـال المحقق الكنى قـده: ان الأصـحاب لم يعملوا بهـذه الأدله و اعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبـات الشـعر بالعلاج، و كما لو أوقع معامله فقال البائع ببطلانها لكونه صغيرا فادعى البلوغ سمعت دعواه و حكم بصحه المعامله.

نعم ان كـان متعلق دعواه مالاـ فلا تسـمع، لأجل الصـغر لانه لا سـلطنه له على مال فلا سـلطنه له على دعوى متعلقه بالمال، فعـدم سماع دعواه حينئـذ يكون من هـذا الحيث لأمن جهه ان الصبى مسـلوب العباره، لكن الـدعوى ليست من شـئون المطالبه بالمال، فـإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن ان يباشـر المطالبه وليّه أو الحاكم نفسه، و ليس إثبات تملك المال تصـرفا فيه حتى يقال بعـدم السلطنه له على المال، و لذا يجوز للأجنبى ان يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

اشتراط العقل:

قـال المحقق: «و لاـ المجنون» أقول: الشـرط الثـانى الـذى ذكره المحقق و غيره هو «العقل» و يـدل على اعتباره ما دل على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدله القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون و لا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه و عقوبه.

و عن المحقق الأردبيلى قده و جماعه اشتراط كونه رشـيدا، فلا تسمع الدعوى من السـفيه، بل عن المعتمد دعوى الإجماع عليه، لكن الأدله القـائمه على وجوب إحقاق الحق و حفظ الأموال و النظام تقتضـى وجوب سـماع دعواه. نعم لا تسـمع فى الـدعاوى المتعلقه بالمـال، بـل ان دعواه فيها تسـمع أيضا لأن الـدعوى و إثبات الحق غير التصـرف. و اما دعوى الإجماع على هـذا الشـرط ففيها منع واضح.

ان لا يدعى مالا لغيره:

قال: «و لا دعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا أو حاكما

أو أمينا لحاكم» .

أقول: ادعى فى الجواهر عدم الخلاف فيه، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد من غير أحد ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، و قيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: و بعض النظر عن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد فإنه لا مانع من ان يدعى الإنسان حقا لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، و دعوى انصراف «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» عنه غير مسموعه، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسها تصرفا فيشكل الدعوى أخذا بشاهد الحال و اعتمادا على اذن الفحوى من المالك، لان الفحوى و شاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح.

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك و ذويه فالظاهر الاستماع فى ما لا يستلزم تصرفا فى ماله من غير ولايه و لا وكاله لانصراف أدله المنع حينئذ، و القدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم ان المشهور قيام الوكيل و الوصى و الولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى، و استثنى بعضهم إحلاف المدعى عليه، الا أنّ أن مقتضى عمومات أدله الولايه و الوكاله و الوصايه. هو جواز الإحلاف أيضا كما عليه المشهور.

ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه:

قال المحقق: «و لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا» .

أقول: و يشترط فى الدعوى أن يكون موردها أمرا جائزا شرعا و عقلا، فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصح تملكه له، و لا تسمع دعواه زوجيه احدى محارمه، و قيل: له دعوى الأولويه بالخمر مثلا لأجل فائده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا، أو يأخذ العذره للتسميد، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناء على جواز بيعها ممن يستحلها، و الدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تماميه

دعوى انصرافها عن مثل ذلک.

اشتراط کون الدعوى صحيحه لازمه:

قال المحقق قدس سره: «و لا بد من کون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و کذا لو ادعى رهنا» .

أقول: مثل بالهبه قبل الإقباض و بالرهن قبله للدعوى غير الصحيحه اللازمه لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملک، و فى الرهن قال المحقق: «و هل يشترط فى الرهن القبض؟ قيل: لا، و قيل: نعم و هو الأصح» .

أما اشتراط کون الدعوى صحيحه فدليله واضح، فلو ادعى الهبه و أقر المدعى عليه لم يلزم بشىء، بل لا بد من أن يدعى هبه صحيحه کأن يقول له:

و هبتنى ذلک و أقبضتنى إياه.

و اما اشتراط کونها لازمه فإن الهبه إذا لم تکن إلى ذى رحم و کانت العين باقيه جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، و لذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنکر، إذ يکون الإنکار رجوعا، نظير ما إذا أنکر الزوج إطلاق فإن إنکاره رجوع.

و بالجمله فاشتراط الصحه لا ريب فيه، و لذا لو قال: هذه ثمره نخلى لم تسمع إذ يمکن ان لا تکون ملکه إلا إذا صرح فى دعواه بکونها ملکا له کما سيأتى، لکن عن المحقق الأردبيلى الإشکال فى اشتراط اللزوم فقد قال «ره» : «ما المانع من أن يدعى الصحه أولاـ فيثبتها و يدعى اللزوم؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما إذا ضم إليها دعوى القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبى. على أنه يرد مثله فى دعوى البيع.

إذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثه فى الحيوان و لا قائل به» .

و أورد عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الصحه بدون القبض ليس حقا لازما للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلک الى التهيّؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، و هبه

الأجنبى مع القبض صحيحه و يترتب عليها الأثر و ان جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمرا لازما على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه.» .

قلت: و الصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعا كالطلاق، فان الحكم المذكور يختص بالطلاق، و لذا لا يكون إنكار البيع فسخا له، و القول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد الا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: «و لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه فادعى علم الشهود له ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد، أشبهه عدم التوجه، لانه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردوده، و لانه يثير فسادا» .

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سببا كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعتنى إيّاه، بل ادعى أمرا له فيه نفع من حيث إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى و حكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فان كان له بينه أقامها و بذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، و كذا لو تمكن من إثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى. لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده.

و ان لم يكن عنده بينه فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم فى أخذ ما يدعيه على المنكر، و ان لم يقر فالحكم باق على حاله و له أثره من ثبوت الحق و فصل الخصومه، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع

ص:

على الميت يحلف مع البينه، و كذا مع الشاهد الواحد فى الدعوى الماليه.

لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور: «و لو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب اليه. و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته» .

و توجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الدين و اليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الان، ففى الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء و الدائن ينكر ذلك فيحلف. و كذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

و توجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فإذا شهدت البينه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم لا مانع من الحلف بل يستحب فى رضاه بها لقوله عليه السّلام لشريح: «ورد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذاك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» (۱).

و قال الشيخ فى المبسوط: «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه و لا شيئا منه، و لا اقتضى له و لا شىء منه، و لا أجال به و لا بشىء منه، و لا أبرأه و لا عن شىء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل إليه. قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه و ان كانت الدعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج الى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءه.

و من الناس من قال: أى شىء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى، فإذا قال هذا أجزأه، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغوله بالدين أجزأه أن يقول: ما برأت ذمتك من حقى.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۵۵ الباب الأول من أبواب آداب القاضى

و هذا القدر عندنا جائز کاف. و الأول أحوط و آکد. فاما قوله: و ان حقی لثابت فلا خلاف انه لیس بشرط» .

هل یلزم بالجواب عن دعوی الإقرار؟

قال المحقق: «و فی الإلزام بالجواب عن دعوی الإقرار تردد منشؤه ان الإقرار لا یثبت حقا فی نفس الأمر، بل إذا ثبت قضی به ظاهرا» .

أقول: لو ادعی زید علی عمرو الإقرار له بشیء کأن یقول له: قد أقررت بکون هذه الدار لی، أو یقول: لقد أقررت بأنی غیر مدین لک، فهل یلزم الحاکم عمرا بالجواب عن هذه الدعوی؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بینهما، وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا یثبت حقا واقعیا للمقر له، لأن الإقرار-و ان الزم الشارع المقر بما أقر علی نفسه-لیس طریقا لإثبات الحق بحیث یرفع شک المقر له فی تملک المقر فیه، فلو أقر له بکون الثوب له و کان المقر له جاهلا أو شاکا فی ذلک لم یرتفع معه الجهل أو الشک، لأن أثر هذا الإقرار هو الحکم الظاهری فقط بجواز تصرفه فی الثوب. فإذا لم تکن الدعوی مثبته لحق لازم و لم یکن الإقرار موجبا لحق واقعی فإنه-مع عدم البینه للمدعی علی الإقرار-لا تسمع الدعوی، و لا یحلف المدعی علیه علی إنکاره، و لا یکون نکوله عن الیمین مثبتا للدعوی.

و وجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم کون الدعوی ذات نفع للمدعی و المفروض جواز تصرفه فی المدعی به ظاهرا مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، و لا یلزم أن یکون مورد الدعوی ما لا أو سببا لانتقال مال، بل ان ترتب الأثر المذکور -و هو الحکم بجواز التصرف ظاهرا-علی الإقرار کاف لصحه الدعوی عند الحاکم کی یلزمه بالجواب.

و ظاهر المحقق فی المقام هو التوقف، بخلاف الفرع السابق حیث قال «أشبهه عدم التوجه» و استقرب الشهید الثانی فی المسالک تبع لجماعه الوجه الثانی و اختار المحقق العراقی الأول فقال: ان الوجهین «مبنیان علی أن الاحکام الظاهریه هل

فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاه لا تكون فعليه بعثيه بخلاف الأحكام الواقعيه من الوضعيات و التكليفيّات، إذ فعليتها الواقعيه ليست تابعه لوصولها غايه الأمر لا تنجز لها.

و حيث قد حققنا فى محله عدم تبعيه فعليتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها.» و فى الجواهر وجّه الوجه الثانى بقوله: «لان المدار على ثبوت الحق ظاهرا، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه و الأخذ به، و ان لم يعلم استحقاقه من غير جهه إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبينه توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صلّى اللّه عليه و آله: البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» .

ثم قال: «نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه إذا بذل اليمين على براءه ذمته الذى يأتى على ذلك كله، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له و العجز عن إثباته، فيكفى جوابه ببراءه ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتى على ذلك كله، و مثله آت هنا.

اللهم الا ـ أن يفرق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به و ان لم يعلم الواقع.

و فيه: ان الإقرار كما يؤخذ بظاهره و ان لم يعلم صحته و قد ادعاه على خصمه، كذلك البيع عليه مثلا، له الأخذ بظاهره أيضا ما لم يعلم فساده و قد ادعاه على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع و يكفيه الجواب ببراءه الذمه كذلك هنا، فتأمل» (١).

ص:٨٨

أقول: و الأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها و النظر فيها، بل الدعاوى المتعلقه بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئا يزعم المدعى تعلقه به. و بعباره أخرى: لا بد أن تكون نتيجه الدعوى و المرافعه إثبات حق يدعيه المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، و أما فى المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم-و اما قبله فلا يوجد شىء-فيلزم الدور، لان نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، و تحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحه الدعوى الى الكشف؟

قال المحقق: «و لا تفتقر صحه الدعوى الى الكشف فى النكاح و لا فى غيره» .

أقول: انّ صحه الدعوى التى اشترطناها لا تحتاج الى الكشف و التحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الاملاك من الأعيان و الديون، أو فى العقود من النكاح و غيره. و قد نبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه. و دليلنا على عدم الحاجه هو الإجماع.

قال: «و ربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» .

أقول: لأن للقتل أقساما و أسبابا مختلفه من العمد و الخطاء و شبه العمد، و من أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، و أنه هل وقع منه منفردا أو شاركه فيه غيره. فلكل واحد من هذه الاقسام و الحالات حكم، فلو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها، فلا بد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل و لا تسمع.

و فى الجواهر كما عن جماعه الإشكال فى ذلك، و قد يستفاد من تعبير المحقق ب «ربما» و ذلك لانه قد يترتب على الإجمال أثر كلى، بل قيل: انه يمكن بحكم الأصل تشخيص انه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلى سماع دعوى الكلى

و ان لم يترتب عليه حكم و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد.

قلت: ان تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جدا، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى فى الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر و قلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعه، و بالجمله: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضيه ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعيه من البينه و اليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقا للأردبيلى، و ذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود فى الدماء.

و على الجمله: لا فرق بين القتل و غيره فى ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضا و الاّ سمعت-ان لم يثبت الإجماع على خلافه-لشمول أدله وجوب القضاء له، و لما جاء فى بعض الاخبار من حكم الامام عليه السّلام فى مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هى القاعده الكليه و على ضوئها يظهر الأمر فى الموارد و الأمثله المختلفه، فإن كان للكلى أثر ادعاه و ان كان للخصوصيه أثر ادعاها، و فى المتباينين تسمع الدعوى ان كان العلم الإجمالى منجزا، و مع دوران الأمر بين الأقل و الأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: «و لو اقتصرت على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و لا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجيه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه. و لو أنكر النكاح لزمه اليمين، و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الأخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، و كذا السياق لو كان هو المدعى» .

أقول: ان الأثر الذى ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و ترتب آثاره من حقوق الزوجيه و لوازمها كالمهر و النفقه و غيرهما.

و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضا انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

الیمین، و لو نکل عنها قضی علیه علی القول بالقضاء بمجرد النکول، و برد الیمین علی المرأه، علی القول الأخر فإن امتنعت سقطت دعواها، و ان حلفت ثبتت الزوجیه. و عن التحریر «و فی تمکین الزوج منها اشکال من إقراره علی نفسه بتحریمها، و من حکم الحاکم بالزوجیه» .

و کذا الکلام لو کان الرجل هو المدعی للزوجیه. إذ یترتب علی ذلک الآثار الشرعیه و حقوق الزوجیه، و الاشکال المذکور موجود، من إنکار المرأه للزوجیه فلا یجوز لها تمکینه من نفسها و من حکم الحاکم بالزوجیه.

أقول: أما بالنسبه إلی الحاکم نفسه فهل ینهی الزوج المقر بحرمتها علی نفسه عن وطئ المرأه-مع إلزامه بدفع النفقه مثلا-أخذا بإقراره، أو لا ینهاه عن ذلک ترتیبا لجمیع آثار الزوجیه التی قد حکم بها؟ وجهان. اللهم الا ان نلغی اعتبار الإقرار فی هذه الحاله فیقدم الثانی، لکن لا یفتی بذلک احد. نعم لا یبعد الإلغاء فیما إذا کان الإقرار عن نسیان مثلا ثم تذکر و رجع عنه بعد قیام البینه.

فالصحیح ان الإقرار بالنسبه الی ما کان علی الزوج مقدم علی الحکم، إذ لا یقول أحد بإلغاء الإقرار فی هذه الحاله.

و اما وظیفه الزوج المنکر للزوجیه، فإن کان عالما بعدم الزوجیه فان مقتضی قول النبی صلّی اللّه علیه و آله: «فأیما امرء قطعت له.» (1)هو عدم جواز ترتیب آثار الحکم مثل الوطء، و أما دفع النفقه فلیس محرما علیه بل یجب علیه امتثالا و تنفیذا للحکم، بل یحرم علی المرأه أخذها، و هل یجوز لها الأخذ فی مقابل بقائها فی دار الرجل؟ فیه اشکال، و أما إذا کان إنکاره لها من جهه الشک مثلا فان جمیع الآثار مترتبه بالحکم.

و أما إذا کان المدعی للزوجیه هو الرجل و المرأه تنکر، فان کانت تعلم بعدم الزوجیه کان علیها الامتناع عن التمکین، و لا یجوز لها المطالبه بالنفقه، و ان کانت

1- 1) وسائل الشیعه 18-169

تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

و أما المهر فان الرجل ان ألزمها بالتمكين و وطئها عملا بحكم الحاكم فقد وجب عليه دفع مهر المثل لانه عوض البضع.

هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: «و لو ادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له، و كذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال ان تكون حره أو ملكا لغيره» .

أقول: و من فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقا لازما يدعيه المدعى بصراحه و وضوح انه إذا قال: هذه بنت أمتى فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟ و هذه الدعوى تتصور بوجهين: ان تكون هى بيد زيد و هو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، و ان تكون بيده فيدعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى بمعنى أنّه إذا لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد.

و كيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقا لازما، و حيث أنها ليست صريحه فى ذلك فلا تسمع.

و كذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله: ولدتها فى ملكى، أو ادعى هذه الجهه دعوى مستقله كأن يقول: هذه ولدتها أمتى فى ملكى.

قال المحقق قدس سره: «و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه» .

أقول: و كما لا تسمع الدعوى الصريحه كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان سمعت، و لو قالت: ولدتها أمها حالكونها فى ملكه فلا تسمع، لانه يمكن أن تكون الام مملوكه و لا تكون بنتها مملوكه له كأن يكون قد حررها مثلا.

قوله: «و كذا البينه» ليس تكرارا، بل المراد أنه ما لم يصرح المدعى فى

الـدعوى فلاـ تسئل البينه التى يقيمها، ثم البينه لا تسـمع شـهادتها ما لم تشـهد بصـراحه، و حيث شـهدت بالملك فلا تسـئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: «و كذا البينه» معطوفا على «لا يفتقر» المتقدم عليه.

قال: «و مثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، الا أن يقول هذه ثمره نخلى و هى ملك لى.

قال: «و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك» .

أقول: و لو قـال هـذه الثمره من نخـل من هى بيـده فهل له ان يـدعى بعـد ذلك كونها ملكا له؟ نعم، لان قوله السابق ليس إقرارا بعدم ملكيته و ملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكارا بعد إقرار، فتسـمع هذه الدعوى منه و يطالب بالبينه، بخلاف ما لو أقر بالملكيه فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

و هذا معنى عباره المحقق.

و فى المسالك: ظاهر عباره المحقق و العلامه انه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار.

و أشـكل عليه فى الجواهر بعـدم ظهور عبارتيهمـا فى مـا ذكره، فليس «لو فسّـر» قيـدا حتى يكون إقرارا. قلت: و ما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر.

ثم ان صاحب المسالك بعـد ما اسـتظهر من العباره ما ذكر أشـكل على المحقق الفرق بين الإقرار و الـدعوى فقال: «و الفرق بين الـدعوى و الإقرار لا يخلو من اشـكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع الى نفس الدعوى، و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك و هذا هو الظاهر» .

أقول: ان اشكاله وارد بناء على ما فهمه من العباره، لأن الصراحه شرط فى

كلا الأمرين، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف و ظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا و فى الجواهر بشرح: «و كذا لا تسمع البينه.» ما لفظه: «لكن عن لقطه المبسوط و التذكره سماع الدعوى و البينه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصاله تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لاخر يد تقضى بالملكيه لها و الا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر» .

قلت: ان محل البحث هو ان تكون بنت أمه زيد بيد عمرو فيراجعه استنادا الى كون الام عنده، فالارتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد، و الأردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع، و لعل وجهه: إمكان القول بالسماع، لان من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل، و لذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد بإقامه البينه على انتقاله اليه بالبيع مثلا.

لكن هذه المطالب ليست تعبديه بمعنى قيام إجماع أو دلاله نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فان كانت الملازمه العرفيه و التبعيه بين الثمره و النخله أو بين الأمه و البنت تامه فهو و الا لزم البيان و الكشف عن سبب الملك. و الظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لان اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: «و لا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته» .

أقول: يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه و لا حاجه الى التصريح، للفرق بين الثمره و النخل و بين الغزل و القطن، فهناك المغايره حقيقيه و هنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع و عليه إثباتها كسائر الدعاوى.

ص:۹۴

الكلام فی:التوصل إلی الحق

اشاره

ص:۹۵

۱-ان کان الحق عقوبه:

الحق اما عقوبه و اما مال، فان کان الحق عقوبه کالقصاص فالأقوی وفاقا للمسالک و غیرها-بل عن الکفایه: لا أعرف فیه خلافا-وجوب رفع الدعوی الی الحاکم، فان ثبت دعواه و أصدر الحاکم الحکم جاز له أن یباشر القصاص علی قول، و قیل: بل الأمر بید الحاکم فله أن یباشر بنفسه القصاص أو یأذن فیه لصاحب الحق أو یأمر به شخصا آخر.

و أما إذا لم یتوفر الحاکم أو تعذر الوصول الیه فیجوز له أن یستوفی حقه، و هذه الصوره هی القدر المتیقن من إطلاق قوله تعالی «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِیِّهِ سُلْطاناً» (۱).

فیکون الحاصل عدم جواز مباشره القصاص مع التمکن من الرفع الی الحاکم خلافا لصاحب الجواهر قدس سره حیث استند الی الآیه المزبوره قائلا بالجواز مطلقا.

نعم لا ریب فی عدم مؤاخذه الحاکم لصاحب الحق و ان باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشکال فی ثبوت هذا الحق له، لکن لما کان أمر الدماء خطیرا و لا بد فیه من الاحتیاط الشدید نقول تبعا للأصحاب بلزوم رفع القضیه إلی الحاکم و اجراء الحکم باذنه حتی لا یلزم الفساد فی المجتمع الإسلامی و الهرج و المرج فی البلاد و یتأکد

۱- ۱) سوره الإسراء:۳۳.

ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه كوقوع المقاتله بين طائفتين و اراقه الدماء المحترمه.

و من جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه فى القضيه، و ان كان ذلك حقا ثابتا له خلافا لصاحب الجواهر حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و من ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم و الاستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد و اختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، و عليه فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده جاز كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق الماليه كما سيأتى.

٢-ان كان الحق مالا:

اشاره

و ان كان الحق مالا فتاره يكون عينا و أخرى يكون دينا، فان كان عينا فقد قال المحقق قده: «من كانت دعواه عينا فى يد انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثر فتنه، و لا يفتقر إلى اذن الحاكم» .

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين و لو قهرا لكن قيّده بما لم تثر فتنه، و فى الجواهر فسّر قوله: «و لو قهرا» : «بمساعده ظالم أو بنفسه» و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» لكن ينبغى تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك فى صوره الاختيار أيضا بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، و أما إعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمه إعانه الظالم بأن تكون الإعانه فى ظلمه.

و لا يخفى ان المراد من «الظالم» فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع و التحاكم إليه فى الكتاب و الاخبار، و قد تقدم البحث عن حكم الرجوع إليه فى إحقاق الحق.

ثم قال فی الجواهر: «و ان استلزم ضررا بتمزیق ثوب أو کسر قفل أو نحو ذلک» .

و عن الإرشاد جواز الانتزاع «و لو قهرا مع انتفاء الضرر» و عن مجمع الفائده: «ما لم یحصل معه أمر غیر مشروع» .

قلت: لا ـ ریب فی عدم جواز التصرف فی مال أحد إلا بإذنه، فلا یجوز الدخول فی دار إلا بإذن صاحبها، فان کانت العین فی الدار فدفعها الیه صاحب الدار من دون حاجه الی الدخول فهو، و لو توقف أخذها علی الدخول وجب الاستیذان منه فان امتنع فمن الحاکم لأنه ولی الممتنع، و حیث یمکنه ذلک مع الاذن فلا دلیل علی الجواز بلا اذن.

و لا إطلاق لدلیل سلطنه الناس علی أموالهم لیشمل مفروض الکلام و نحوه فان لم یتمکن من تحصیل الاذن من الحاکم رفعت قاعده نفی الضرر حرمه الدخول بلا اذن.

و أما إذا استلزم انتزاع العین ضررا علی من هی بیده ففیه قولان، و لکن الحق هو الجواز مع التوقف، فیجوز له انتزاعها حتی مع کسر القفل و الصندوق و نحو ذلک، بل قیل ان له أن یطالب بحقه و یحاول انتزاعه ممن وضع یده علیه و هو یعلم بکونه لمن یدعیه مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بین هذه المسأله و مسأله دفع اللص عن المال حیث یجوز للإنسان أن یدافع عن ماله و یحفظه من اللص حتی لو انتهی الی قتل اللص، و لو قتل هو کان شهیدا کما فی الروایات (۱)، لکن فی الجواهر:

«ما لم تصل الی حد وجوب الکف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال

و غيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و ان كان مباحا فى نفسه أو مستحبا بل أو واجبا.» .

و كيف كان فالقدر المتيقن من الجواز صوره عدم لزوم الخسارات الكثيره مثل تمزيق الثوب و كسر الباب أو القفل أو الصندوق و نحو ذلك، لان قاعده نفى الضرر جعلت للامتنان و لا مورد لها فى هذا المقام.

هذا كله فى صوره علم من بيده العين بكونها للشخص الذى يدعيها، و أما إذا كان جاهلا فان طالبه و اقتنع بقوله و دفع المال فهو، و ان لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهرا فان عجز فلا مناص من الرفع الى الحاكم، و لو استلزم الانتزاع ضررا فقد يقال بالجواز لقوله صلّى اللّه عليه و آله: «لى الواجد بالدين يحل عقوبته و عرضه» (۱)و فيه تأمل، لأنه ظاهر فى العالم دون الجاهل (۱).

و لو كان من بيده العين معذورا عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلا ليأخذ ماله؟ لا بد هنا من اذن الحاكم، لان المفروض عدم إنكاره للحق و كونه قاصرا عن إعطائه، فيلزم أن يستأذن الحاكم و يدخل الدار مع اذنه، و لو استلزم ضررا يسيرا جاز كذلك.

و حيث يراجع الحاكم و يقيم البيّنه على دعواه و يثبت حقه فهل له المبادره إلى أخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم؟ قيل نعم بناء على حجيه البينه للمدّعى.

هذا كله فى العين-و قد ذكر المحقق حكم ما إذا كان الحق دينا بقوله:

صور كون الحق دينا:

اشاره

«نعم لو كان الحق دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لان للغريم تخييرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق فى شىء من

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۳-۹۰.

دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

أقول: و لو كان الحق الذى يدّعيه الشخص دينا فلا يخلو الغريم عن حالات:

الاولى-أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله:

و الحكم فى هذه الحاله عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخييرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت فى ذمته من دون تعيينه قال فى الجواهر:

بلا خلاف بل و لا اشكال.

هذا و قد أشكل على موضعين من عباره المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهه أن اذن الحاكم لا دخل له فى هذا الفرض مع أن المستفاد من العباره جواز أخذه بإذن الحاكم، و الثانى قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهه أن المفروض كونه مقرا باذلا فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. و قد أرجع صاحب الجواهر الضمير فى «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما لان له الولايه العامه فى ذلك» قيل: و لا بد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنى و الا فلا يستقيم ما ذكره. قلت: و لكنه خلاف الظاهر و الاولى ما فى القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه و ان كان ممتنعا فليس له بدون اذن الحاكم» .

الثانيه-أن يكون مقرا ممتنعا من البذل:

و الحكم فى هذه الحاله كسابقتها، فلا يجوز التقاص إلا بإذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، سواء كان معذورا أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فى ذمته كلى و تعيّنه لا يكون بدون اذن المدين أو وليه فى حال امتناعه-و ان لم يستلزم التقاص ضررا أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك، هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدله الاتيه فى الصوره الثالثه هو الجواز.

ص:۱۰۱

الثالثه-أن يكون المدين جاحدا للحق:

و فی هـذه الحاله خلاف بین الأصـحاب، قال المحقق قـده: «و لو کان المـدین جاحدا و للغریم بینه تثبت عند الحاکم و الوصول الیه ممکن، ففی جواز الأخـذ تردد أشـبهه الجواز، و هو الـذی ذکره الشـیخ فی الخلاـف و المبسوط، و علیه دلّ عموم الاذن فی الاقتصاص» .

فذهب المحقق قدس سره هنا-و الأکثر کما فی المسالک و غیره-الی الجواز و الثانی لا، و هو خیره المحقق فی النافع. و قد أشار هنا الی دلیل الجواز بقوله:

«و علیه دل عموم الاذن فی الاقتصاص» من الایات و الروایات، فمن الکتاب قوله تعالی «فَمَنِ اِعْتَـدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدی عَلَیْکُمْ» (۱)و قوله تعالی:

«وَ اَلْحُرُماتُ قِصاصٌ» (۲)و قوله تعالی «فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ» (۳).

الا أن فی انعقاد إطلاق هذه الایات بحیث یمکن الاستناد إلیه فی قبال القواعد تأملا.

و من السنه أخبار:

۱) مـا عن ابن رزین قال: «قلت لأبی الحسن موسـی علیه السّـلام: انی أخالط السـلطان فتکون عنـدی الجاریه فیأخـذونها و الـدابه الفارهه فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک و لا تزد علیه» (۴).

و هو ظاهر فی کون کلام الامام علیه السّـلام جوابا عن السؤال عن الحکم فی المسأله لا إذنا له فی الأخـذ، فیکون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصیه، و یبقی الکلام فی أنه هل تتحقق حینئذ مبادله قهریه بین المالین أو یکون المال المأخوذ

۱- ۱) سوره البقره:۱۹۴

۲- ۲) سوره البقره:۱۹۴

۳- ۳) سوره النحل:۱۲۶

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۱ الباب ۸۳ من أبواب ما یکتسب به و السند صحیح

مباحا له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوبا أو يكون بدل الحيلوله؟ .

و أما الأخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان فلا يجوز حتى و لو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنه و الحكومه، فيكون نظير ما إذا غصب المتولى لموقوفه مالا و صرفه فى شئونها فإنه يضمن فى ماله الشخصى و لا يؤخذ من أموال الموقوفه.

٢) ما عن أبى العباس البقباق: «ان شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف التى أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبى عبد اللّه عليه السّلام فذكر له ذلك. فقال:

أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (١).

٣) ما عن أبى بكر قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال نعم و لكن لهذا كلام. قلت و ما هو؟ قال تقول: اللهم انى لا آخذه ظلما و لا خيانه، و انما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم ازدد عليه شيئا» (٢).

قال الشيخ الحر: «هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف» و فى الجواهر: «أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك، حتى لا ينافى غيره من النصوص، و لا ريب فى استحباب القول المزبور و ان أطنب بعض الناس (٣)بدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافها» .

۴) ما عن جميل بن دراج قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أ يأخذه و ان لم يعلم

١- ١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به و السند صحيح

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٣ عن الشيخ قده-و قد قال الشيخ بعده: الحسن ابن محبوب عن سيف بن عميره عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد اللّه عليه السلام نحوه التهذيب ۶-٣۴٨.

٣- ٣) نسبه فى المستند الى الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب.

الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (۱).

۵) ما عن إسحاق بن إبراهيم: «ان موسى بن عبد الملك كتب «الى أبى جعفر عليه السّلام يسأله عن الرجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه فى بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به و قد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأله هل يجوز لى أن أقبض مالى أو أرده عليه؟ فكتب اقبض مالك مما فى يدك» (۲).

لكن هذه الروايه مجمله، لأنه لما لم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به فما هو وجه الأخذ من المال الذى كان له عليه؟ لأنه ان كان المال موجودا فتحصل بين المالين المعاوضه القهريه بلا موجب، و ان لم يكن موجودا فلا ضمان مع عدم التفريط، و لعل الروايه كانت تشتمل على قرائن و خصوصيات لم تصل إلينا، و الا فلم نجد فى الاخبار على مورد أذن فيه الامام عليه السّلام بالتصرف فى مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه.

فقد دلت هذه الاخبار بإطلاقها على جواز الأخذ من مال المقر الممتنع و المدين الجاحد، سواء تمكن من الاستيذان من الحاكم أولا، و سواء كان ماله الذى بيد الغاصب عينا موجوده أو غير موجوده.

و لو رفع الأمر-مع ذلك-الى الحاكم، فان كان عالما بصدقه اذن له و الا لم يجز له الاذن حتى مقيدا بكون المدعى عالما كأن يقول له: قد أذنت لك فى الأخذ ان كنت عالما بحقك، بل لا بد من اقامه البينه المثبته لحقه عند الحاكم.

هذا و قد استدل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر منه على موضع الضروره و هى هنا منتفيه، و لان الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم و يعين من ماله ما يشاء و لا ولايه لغيره. و أجاب فى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۲-۲۰۵ فيه «على بن حديد» فعن الشيخ: ضعيف جدا، و قد ضعفه غيره أيضا.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۲-۲۰۴ و الظاهر اعتبار سنده و لكنه فى مورد الوديعه كما استدل به فى المستند.

المسالک بأن کون التسلط علی مال الغیر بغیر اذنه خلاف الأصل مسلم لکن العدول عن الأصل لدلیل جائز و هو هنا موجود.

و فی الجواهر: «بل یمکن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الی الحاکم» .

قلت: لیس المورد من قبل الشک السببی و المسببی بأن یکون الشک فی جواز الأخذ مسببا عن الشک فی توقفه علی اذن الحاکم حتی یکون جریان الأصل فی السبب-بأن یقال الأصل عدم وجوب الرجوع الی الحاکم و عدم توقف الأخذ علی اذنه مزیلا لموضوعه فی المسبب فیجوز الأخذ، بل ان هنا علما إجمالیا بجواز الأخذ اما بالاستقلال و اما مع اذن الحاکم و انتفاء کل واحد منهما بالأصل یلازم ثبوت الأخر عقلا لا شرعا.

و بناء علی تحقق التعارض بین هذین الأصلین فإنهما یتساقطان و یکون المرجع قاعده نفی الضرر و الضرار فی الإسلام.

و کیف کان فان ما ذهب الیه المشهور هو الأقوی، لأن النصوص الداله علی الجواز تخصص عمومات «لا یحل مال امرئ» و بها ینقطع الأصل المزبور، و ان الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدین یتولی القضاء عند الحاکم و یقوم مقامه کالاجتهاد فی مقابله تلک النصوص.

و هذا الخلاف هو فی صوره وجود البینه و التمکن من الوصول الی الحاکم، قال المحقق:

«و لو لم تکن له بینه أو تعذر الوصول الی الحاکم و وجد الغریم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستیفاء» قال فی الجواهر: بلا خلاف فیه عندنا بل الإجماع بقسمیه علیه، لإطلاق الأدله المزبوره و غیرها.

حکم الاقتصاص من الودیعه:

قال المحقق: «نعم لو کان المال ودیعه عنده ففی جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الکراهه» .

أقول: اختلف الأصحاب فی جواز الاقتصاص من الودیعه، فذهب الشیخ فی الاستبصار و المحقّق و أکثر المتأخرین کما فی المسالک و الجواهر الی الجواز علی کراهه، و ذهب الشیخ فی النهایه و جماعه إلی التحریم، و منشأ الخلاف هو اختلاف الروایات بظاهرها فی هذه المسأله.

فممّا یدلّ علی الجواز عموم الأدله السابقه فی المسأله المتقدمه، و خصوص خبر أبی العباس البقباق: «انّ شهابا ما رآه فی رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلک ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فکان الألف التی أخذ منک فأبی شهاب. قال: فدخل شهاب علی ابی عبد اللّه علیه السّلام فذکر ذلک له. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف» (۱)دلّ هذا الخبر علی الجواز من غیر کراهه.

(۲) و خبر علی بن سلیمان قال: «کتبت الیه: رجل غصب مالا أو جاریه ثم وقع عنده مال لسبب ودیعه أو قرض مثل خیانه أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) أ یحل له حبسه علیه أم لا؟ فکتب: نعم یحل له ذلک ان کان بقدر حقه، و ان کان أکثر فیأخذ منه ما کان علیه و یسلم الباقی إلیه إنشاء اللّه» (۲).

و مما احتج به القائل بالتحریم بعد عمومات النهی عن التصرف فی مطلق الامانه، و الداله علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه:

(۱) ما عن سلیمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل وقع لی عنده مال فکابرنی علیه و حلف ثم وقع له عندی مال آخذه «فآخذه» لمکان مالی الذی أخذه و أجحد و أحلف علیه کما صنع؟ قال: ان خانک فلا تخنه و لا تدخل فیما عبته علیه» (۳).

(۲) ما عن معاویه بن عمار عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قلت له: الرجل یکون

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۲. صحیح.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۴. ضعیف بعلی بن سلیمان فإنه مجهول.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۴. صحیح.

لی علیه حق فیجحدنیه ثم یستودعنی مالا أ لی أن آخذ مالی عنده؟ قال: لا، هذه الخیانه» (۱).

(۳) ما عن ابن أخ الفضیل بن یسار قال: «کنت عند ابی عبد اللّه علیه السّلام و دخلت امرأه و کنت أقرب القوم إلیها، فقالت لی: اسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: ان ابنی مات و ترک مالا- کان فی ید أخی فأتلفه. ثم أفاد أخی مالا فأودعنیه، فلی أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شیء فأخبرته بذلک فقال: لا. قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: أد الأمانه الی من ائتمنک و لا تخن من خانک» (۲).

قال فی المسالک: و فی هذا الحدیث دلاله من ثلاثه مواضع.

قلت: و الوجه هو الجمع بین الطرفین بالحکم بالجواز علی کراهه فیحمل خبر أبی العباس الظاهر فی عدم الکراهه علی بعض الوجوه، کأن یکون رجوعه الی الحاکم و حلفه عنده أحب الی الامام علیه السّلام دفعا لتوّهم الخیانه، أو أن یکون المراد أن أخذه یوجب فراغ ذمه الرّجل و خلاصه من العقاب الأخروی من هذه الناحیه و هذا الأمر أحب إلیه علیه السّلام، و من هنا کانت الفتوی بالنسبه الی من کان مدینا لشخص فمات الدائن و قد استقر علیه الحج أن لا یسلم المال الی وارثه فی حال علمه بأنه لا یستأجر من یحج عن المیت بل علیه أن یستأجر بذاک المال من یحج عنه.

و یحمل خبر ابن أخ الفضیل أیضا الدال علی المنع من وجوه علی بعض الوجوه کما فی المسالک.

و مع إمکان هذا الجمع الدلالی لا تصل النوبه إلی الترجیح أو التساقط.

لو کان من غیر جنس الموجود:

قال المحقق: «و لو کان المال من غیر جنس الموجود جاز أخذه بالقیمه العدل و یسقط اعتبار رضا المالک بالطاعه کما یسقط اعتبار رضاه فی الجنس» .

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۵. و هو معتبر سندا.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۲۰۲. و هو صحیح.

أقول: لا خلاف فی شیء من ذلک بیننا کما فی الجواهر، فالحکم فی متحد الجنس و مختلفه سواء، و هو مقتضی إطلاق الأدله السابقه و خصوص خبر ابن رزین فی الجاریه و الدابه الفارهه. و هذا فی صوره تلف المال الذی فی ذمه الغاصب واضح:

و اما مع وجوده فالکلام فی أنه هل یکون الذی بیده ملکا له بهذا التقاص بان تتحقق المبادله القهریه بین المالین، أو یکون ما یأخذه صاحب الحق بدل الحیلوله، بمعنی تجویز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حیلولته بینه و بین تصرفاته فی ملکه، نظیر ما لو کسر شخص إناء إنسان فإنه یجب علیه دفع ثمنه ثم یکون هذا المکسر ملکا لصاحب الإناء، بمعنی ان المال الذی دفعه کان فی مقابل الإتلاف و لکن لا یخرج المکسر عن ملک صاحب الإناء و تظهر الثمره فی الصلاه فیه مثلا؟ و لا یبعد أن یکون الوجه الثانی هو الأظهر ان کان الأمر نظیر کسر الإناء دون ما إذا کان نظیر إلقائه فی البحر مثلا حیث المالیه غیر منتفیه.

جواز تولی بیع الودیعه:

قال المحقق: «و یجوز أن یتولی بیعها و قبض دینه من ثمنها دفعا لمشقه التربص بها» .

أقول: ان کان التربص واجبا رفع وجوبه بدلیل نفی الحرج، لکن له أن یتملکها ثم یبیعها و لا حرج فی هذه الصوره، نعم بناء علی اعتبار المماثله بین الودیعه و المال الذی فی ذمه الغاصب یتم ما ذکره. کما أن ما ذکره صاحب الجواهر من انه یجوز له بیع ثمنها الی أن ینتهی الی ما یساوی حقه فی الجنس ثم یأخذه مقاصه لا یمکن المساعده علیه.

و العمده هو إطلاق الأدله فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثله مطلقا، أی سواء أمکن الاقتصار فی المقاصه علی الأخذ من جنس حقه أو لم یمکن.

لو تلفت الودیعه قبل البیع فهل یضمن؟

قال المحقق: «و لو تلفت قبل البیع، قال الشیخ: الألیق بمذهبنا انه لا یضمنها

و الوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك، و يتقاصان بقيمتها مع التلف» .

أقول: قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص، فان هذا يريد حقه من المدين و ذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فان كان المثمن و الثمن متساويين من حيث القيمه فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، و ان كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره أخرى و هل يضمن؟ قال الشيخ: لا. و قال المحقق: «الوجه الضمان» وجه الأول: ان تسلطه على المال كان باذن من الشارع، و حينئذ لا ضمان مع كون اليد مأذونه، و وجه الثانى: هو ان مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: ان كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الاذن فى التصرفات الأخرى و حتى عن الإمساك زمانا ثم التقاص-و المفروض انه لم يكن عنده وديعه-فالضمان متحقق بلا كلام، و ان تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى الجواهر: انه لا منافاه بين اذن الشارع و بين الضمان بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض امانه فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعا و حكما، إذ ليس إلا الاذن فى القبض لاستيفاء حقه، و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان كالالتقاط و نحوه، و ليس كل ما اذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم على اليد و غيره بحالها، و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

قلت: لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكما مغيّى بوجوب الأداء، و فيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الرد و يريد التقاص، بل ان هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدوانيه، و إذا سقطت القاعده و لا دليل غيره فالأصل عدم الضمان.

ص:١٠٩

ثم قال فی الجواهر: «مضافا الی ان القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولی من قبض السوم» .

و فیه انه فرق بین الموردین، ففی قبض السوم أقدم القابض علی القبض بانیا علی دفع العوض، و قد اذن المالک بالقبض إذنا مقیدا بالعوض، و اذن الشارع فی القبض هناک تابع لإذن المالک.

و فیما نحن فیه قد عرفت عدم شمول قاعده الید للمقام أو انصراف دلیلها عنه، فبین المقامین فرق واضح.

و بناء علی شمول القاعده للمقام یقع البحث فی أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن أعم؟ أما مع الشک فی ثبوت الضمان و عدمه فهل المرجع هو عموم علی الید أو یستصحب حکم المخصص و هو «لیس علی الأمین إلا الیمین» ؟ .

لقد تقرر فی محله ان الحق استصحاب حکم المخصص، فیکون الحکم فی المقام عدم الضمان مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

و قال العراقی: «یمکن ان یقال بأن الشک فیه مسبب عن الشک فی صیرورته ولیا علی التصرف، فأصاله عدمها حاکمه علی الأصل المزبور بعد الجزم بأن ولایته السابقه علی حفظه انعدمت، و استصحاب مطلق ولایته غیر جار لانه من باب استصحاب الکلی من القسم الثالث» .

قلنا: هنا مطالب، الأول: الولایه هنا لیست غیر اذن الشارع فی التصرف فإنه بمجرد الإذن الشرعی یکون الأمر موکولا الیه و لا نعنی بالولایه إلا ذلک.

الثانی: لو سلمنا ان الولایه أمر زائد علی الاذن فإن اختلاف الموجب للولایه لا یوجب الاختلاف و التعدد فی الولایه نفسها، فإذا کان لشخص ولایه فی التصرف فی المال من جهه الائتمان فی الیوم الماضی، و ثبت له الولایه الیوم من جهه التقاص لم یتحقق له فردان من الولایه.

و الثالث: ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف أمس کان من جهه اذن المالک و الیوم من جهه اذن الشارع. فعدم ثبوته واحد و مع الشک یستصحب بلا مانع.

مسألتان

الاولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره: «من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له» أقول: هذه قاعده كليه تنطبق على المصاديق المختلفه، فمن ادعى ما لا يد لأحد عليه سواء كان درهما أو دينارا أو حيوانا أو كتابا أو غير ذلك، و سواء كان بين جماعه أو لا، قضى له من غير بينه و يمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء، و للحاكم أن يعتمد على هذه السيره فيجعلها طريقا الى الواقع و مدركا لحكمه، إذ لا يشترط فى حكم الحاكم أن يكون فى مورد المرافعه دائما.

فالملاك عند العقلاء أن يدّعى المدعى الشىء الذى لا يد لأحد عليه و لا يكون معارض لهذا المدعى، و لذا أضاف فى القواعد قيد عدم منازعه أحد له، و هو ظاهر المسالك حيث قال بعد ذكر الروايه الاتيه: «و لانه لا منازع له حتى يطلب منه البينه»

.

و المراد من «اليد» فى قوله «ما لا يد لأحد عليه» هى اليد الفعليه، بأن لا يكون لأحد يد على الشىء حين الدعوى، و المراد من «قضى له» أن يحكم الحاكم ان رجع إليه فى القضيه بكون الشىء ملكا للمدعى، فكأنه يطبق فى تلك القضيه الشخصيه الفتوى الكليه بأن من ادعى شيئا و لا معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كليه بكون الحبوه للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركه هـذا الميت و هو يعلم بأن زيـدا هو الولد الأكبر حكم بكونه لزيد من جهه انه من الحبوه، تطبيقا لتلك الفتوى الكليه على هذه القضيه الشخصيه فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

و قد استظهر من المسالك أن المراد من «قضى له» عدم التعرض له و عدم منعه من التصرف فى العين، و هو بعيد.

فالدليل على هذا الحكم هو السيره العقلائيه، و على طبقها حكم الامام عليه السّلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضـيه هى من مصاديق تلك القاعده الكليه التى ذكرناها، و من هنا قال المحقق قده:

«و من بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا و يقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه» .

أي: كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال: «قلت: عشره كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا و قال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه» (١).

و من الأصحاب من استدل بهذه الروايه على الحكم فى المسأله، قلت:

و لو كان الـدليل منحصـرا بها يشـكل التعـدى عن موردها، فلا بـد من الأخـذ بالقدر المتيقن من مدلولها، و أما إشـكال المحقق الأردبيلى بعـدم إحراز كـون «يونس» الراوى عن منصور «يونس بن عبـد الرحمن الثقه» فقـد أجـاب عنه فى مفتـاح الكرامه بـأن الشيخ و ان لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب لكن المذكور فى النهايه: يونس ابن عبد الرحمن (٢).

و استدل فى الجواهر للحكم المذكور بأصاله صحه قول المسلم و فعله بل كل

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-٢٠٠ الباب ١٧ من أبواب كيفيه الحكم.
٢- ٢) سند الخبر صحيح: و ما ذكرناه عن مفتاح الكرامه هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعه، و تجده فى النهايه:٣٥٠ ط لبنان.

مدع و لا معارض له، و أشکل علیه: «بأن من المحقق فی محله عدم قیام دلیل علی وجوب حمل قول المسلم علی الصحه بمعنی الصدق، فیکون الأصل فی قول المسلم الحجیه إلاـ ما خرج بالدلیل بل ظاهر الأدله خلافه، نعم الصحه بمعنی عدم اللغویه أو المشروعیه قام الدلیل علی وجوب حمله علیها، لکن الصحه بهذا المعنی لا ربط لها بالمقام و لا تنفع المستدل أصلا کما لا یخفی.

هذا مضافا الی ما أفاده الأستاذ العلامه من أنه لو کان الأصل فی قول المسلم الحجیه و الصدق لکان واردا علی الید أیضا لو کان فی مقابله ید نظیر البینه فلا یحتاج إلی إقامه البینه، و هذا مما لا یذهب إلیه أحد» (۱).

أقول: ان المراد من أصاله حمل قول المسلم و فعله علی الصحه هو حمل أفعاله المتعلقه بنفسه، و سماع کلامه فی کل أمر یتعلق به علی الصحه، فلو ادعی کون الشیء له-و لم یکن له معارض-سمع قوله من جهه أنه أبصر بأموره و بمعرفه ما یملکه و ما یتعلق له به حق و یعود الیه من غیره، و بهذا التقریب یندفع الاشکال المذکور، و النقض بعدم سماع قوله بالنسبه الی ما فی ید غیره غیر وارد، لوضوح أنها دعوی بالنسبه إلی أمر راجع الی غیره، و قد ذکرنا ان مجری الأصل المزبور هو الأمور المتعلقه بنفسه، و من هنا یقبل قوله إذا قال بالنسبه إلی شیء فی یده:

انه لیس لی، و ان کان له ید علیه، و لیس قبول قوله هذا من جهه کونه إقرارا.

و قد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذکور قبول دعوی المدعی و لو بعد قوله لیس لی، قال: بل قد یقال بظهور الصحیح المزبور فی قبول دعوی المدعی و لو بعد قوله: لیس لی بناء علی إراده الحقیقه من قوله کلهم.

قال: و یمکن أن یکون علی القواعد أیضا لأصاله صحه قولیه معا باحتمال التذکر و غیره لعدم المعارض.

قلت: ما ذکره یتوقف علی أن یکون القائل هو لی من جمله القائلین: لا

۱- ۱) کتاب القضاء للمحقق الآشتیانی.

و ليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن و هو أن لا يكون منهم.

و قال ابن إدريس بعد الروايه: «فقه هذا الحديث صحيح، و ليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه و انما لم يثبت صاحب سواه، و اليد على ضربين يد مشاهده و يد حكميه فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه و بقى يد من ادعاه عليه حكميه، و لو قال كل واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو متفرقا هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك، و كذلك لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بيّنه، لان اليد المشاهده عليه لغير من ادعاه، و الخبر الوارد فى الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم و لم يثبتوا لهم عليه يدا لا من طريق الحكم و لا من طريق المشاهده، و من ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حررناه، و أيضا إنما قال ادعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادعى فى يد غيره عينا أو دينا» .

و ما ذكره قدس سره مشكل جدا، و لو كان هنا يد و كانت العين فى الحقيقه للغير و قد تلفت بتلف سماوى لزم أن يكونوا ضامنين له، و هذا لا يقول به أحد.

الثانيه: لو انكسرت سفينه فى البحر فما هو حكم ما خرج منه؟

قال المحقق قده: «لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، و به روايه فى سندها ضعف» .

أقول: لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عند الأصحاب، و الأصل فيه روايه قال المحقق: فى سندها ضعف، قلت: عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها، و الروايه هى خبر الشعيرى. قال: «سألت الصادق عليه السّلام عن سفينه انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه تعالى أخرجه لهم، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» .

انما الكلام فى حكم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروايه

بناء على انجبارها أو عدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم تحقق عمل المشهور على طبقها.

فقيل: ان الوقوع فى البحر فى حكم التلف و الا فليس الإخراج بالغوص من الأمور الموجبه لانتقال الملك، و حيث يكون فى حكم التلف خرج عن ملك مالكه، فمن أخرجه ملكه كما تملك المباحات بالحيازه انتهى و هو مشكل جدا.

نعم هذا يتم فى صوره إعراض المالك بناء على كون مجرد الاعراض مخرجا عن الملك، و قد استشكل فى الجواهر فى ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعى كتوقف حصول الملك عليه، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجا، فمن أعرض عن شىء له خرج عن ملكه عندهم، و لان «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» لكن الكلام فى الصغرى، فان كان الوقوع فى البحر مصداقا للتلف الذى يزول معه اعتبار الملكيه أو مقرونا بالاعراض المخرج عن الملكيه كان ما أخرجه الغائص ملكا له.

و كيف كان فالحكم فى المسأله ما ذكروه للخبر المذكور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (۱)خلافا للجواهر، و احتمال اراده كون الجميع لأهله كما

ص:۱۱۵

فی الجواهر و عن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافا.

ص:۱۱۶

الکلام فی:الاختلاف فی دعوی الاملاک

اشاره

و فیه مسائل

ص:۱۱۷

(المسأله الاولی) :

اشاره

و فیها صور:

الصوره الاولی: لو تنازعا عینا فی یدهما و لا بینه

قال المحقق: «لو تنازعا عینا فی یدهما و لا بینه قضی بینهما نصفین و قیل:

یحلف کل منهما لصاحبه» أقول: لو تنازعا عینا و لا بیّنه لأحدهما، فتاره تکون العین فی یدهما معا، و أخری تکون فی ید أحدهما خاصه، و ثالثه تکون فی ید ثالث.

ففی الصوره الاولی لا خلاف فی أنه یقضی بینهما نصفین، بأن تکون نصف العین لهذا و نصفها الأخر لذاک، الا أن الخلاف فی توقف ذلک الحکم علی أن یحلف کل من المدعیین لصاحبه و عدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا و جماعه الثانی، و اختار فی النافع-کما قیل-الأول و علیه جماعه بل قیل انه المشهور، و تظهر الثمره فی صوره نکول أحدهما بناء علی التوقف، فإنه یحکم بکون کلها للآخر.

و استدل للقول الأول بأن هذه الصوره من مصادیق قولهم علیهم السّلام: «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (۱)و قوله صلّی اللّه علیه و آله: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» (۲)بتقریب أن کل واحد من المدعیین قد وقعت یده فی الحقیقه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۹.

على نصف العين المتنازع فيها، لان يـده على النصف الأخر معارضه بيد الأخر، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين و مالكا له بمقتضى يده و مدعيا لملكيه النصف الأخر الذى هو فى يد صاحبه، و الأخر ينكر دعواه، فكل منهما مدع و مدعى عليه، و حيث انه لا بينه لأحد الطرفين وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

و اسـتدل للثانى بأن كل واحد منهما يدعى ملكيه كل العين و لا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، و حينئذ فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسـبه إلى ملكيه الكل لوجود المعارض، بل يتساقطان فلا مدعى و لا مدعى عليه، و يكون الحكم هو التنصـيف، و قد ادعى عليه الإجمـاع، و هو ظـاهر المرسـل المنجبر ضـعفه بما ذكر، حيث روى «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحـدهما بيّنه، فجعلها النبى صلّى اللّه عليه و آله بينهما» (1)فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان و لا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص و الإجماع، و ليس موردا للحلف.

و يحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه و نفى ما يدعيه الأخر، ثم يقع البحث فى كيفيه الحلف.

و لو فرض أن كل واحـد جاء ببيّنه على ما يدعيه، فان البينتين تتعارضان، فان حلف أحدهما طبق بيّنته حكم له، و ان لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

و ربمـا يجمع بين القولين الأولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صوره مطالبه الخصم، و القول بعـدم لزومه هو فى صوره عدمها. و هذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

و صاحب الجواهر ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره بتقريبين:

ففى الأول بسقوط اليد بالمعارضه فلا مدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملا

۱- ۱) سنن البيهقى ۱۰-۲۵۵.

بالنص أو من جهه أنه طريق عقلائى، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معا فيحكم العقلاء بذلك.

و فى الثانى انه لا مـدعى فى هـذا المقام، من جهه ان كليهما له يـد فكل منهما مدعى عليه، و لذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعيه، ثم قال:

اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البينتين.

قلت: و لكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قـال: أو يقـال: ان لكـل منهمـا إحلاف صاحبه، بمعنى ان التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان القضاء. و كأن هذا هو الذى فهمه الأصبهانى فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم ان صاحب الجواهر تنظّر فيما ذكره كاشف اللثام.

و حاصـل كلاـم الجواهر هو اختيـار القول الأـول، لكن الإنصـاف أن القول الثانى عن بعيـد من جهه أن العرف يرون لكل واحد منهما يدا على النصف فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» .

أما حق الدعوى ففى سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، و على فرضه فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه.

و حيث رضـى المـدعى بيمين صـاحبه و حلف فقـد ذهبت اليمين بحقه، و على هـذا يمكن حمـل القول الثـانى، أى انه مع رضـا الخصم بيمين خصمه فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو فى صوره تحقق التـداعى بينهمـا، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس موردا حقيقيا لقاعـده المـدعى و المنكر، الا أن يقال بعموم نصوص «ذهبت اليمين بحقه» لهذا المورد.

و لو لم يكن بينهمـا تـداع و قـد ماتا و العين فى أيـديهما فهى على النصف بينهما لعـدم التـداعى، و على تقـديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الأخر برضاه

أخذ العين كلها و ان تداعيا فالقولان.

و ان ادعى أحد الشريكين فى تركه على الأخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلا فهنا يحلف الأخر على نفى العلم، و لو ادعى الأخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفى العلم.

و على القول الثانى فمن الذى يحلف أولا؟ المتجه وفاقا للجواهر تقديم الأسبق منهما، و مع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه. و يحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصوره الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم» .

أقول: و الصوره الثانيه أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، و هذه الصوره هى المصداق المتيقن لأدله: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فصاحب اليد هو المدعى عليه و الأخر المدعى، و المفروض عدم البينه، فيحلّف من هى بيده، فان حلف قضى بكونها له، و ان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين.

الصوره الثالثه: لو كانت يدهما خارجه

اشاره

و فيها صور:

قال: «و لو كانت يدهما خارجه، فان صدّق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» .

١-ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول: و الصوره الثالثه أن تكون العين فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله: «فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» و وجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكا لزيد مثلا، فيكون

زيـد صاحب اليـد على العين و المـدعى عليه و عمرو الأخر المـدعى، و حيث أنه لا بيّنه فى المقام فإنه يحلف زيـد و يقضـى له، كذى اليد فى قيام الشاهد الواحد فعلا على ملكه.

لكن هنا بحث من جهه أن ذا اليـد فى هذه الصوره هو الثالث، و قد كانت العين فى يده من أول الأمر، فإن صدق زيدا فى دعواه كون العين له فان القدر المسلّم به من تأثير هذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و أما حجيه هـذا الإقرار فيما زاد عن ذلك و هو كون العين لزيد المقر له فإنها مبنيه على القول بحجيه الإقرار بالنسبه إلى الغير، و هذا أمر مختلف فيه كما تقدم فى محله، فإنه بناء على القول بعدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبه إلى الغير تخرج العين هنا عن ملك الثالث و لا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سـلمها الثالث اليه بعد الدعوى، بل تكون عينا لا يد لأحد عليها و تجرى حينئذ أحكام تلك الصوره.

و بـالجمله فقول الأكثر بكون زيـد المقر له ذا يـد يتوقف على أن يكون إقرار الثالث حجه شـرعيه بالنسـبه الى زيـد فيكون ذا يد على العين و مدعى عليه، و الا فلا دليل على ذلك، نعم ذكر فى المستند دليلين:

أحـدهما: بناء العقلاء على جعل زيـد فى مفروض المسأله ذا اليـد على العين و يعاملونه معامله المالك للمال، و هذا نص كلامه: «و يدل على كونه للمصدق له:

انه حينئـذ يكون ذا اليـد، فان ظاهر العرف أن من أسـباب صدق اليد كون الشـىء تحت تصرف من ثبت أنه مباشـره كالوكيل و الأمين و المستودع و المستأجر و المستعير، أو أقر بذلك.» .

و الثانى: الروايات حيث قال: «و يـدل عليه أيضا أنه أقر الثالث بكونه له، و من أقر شـيئا فى يـده لأحـد فهو له. للمسـتفيضه الـداله على من أقر بعين لأحد فهو له: كمرسله جميل: فى رجل أقر انه غصب رجلا على جاريته و قد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: ترد الجاريه و ولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» . و صحيحه سعد بن سعد: «عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار، فقال: ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل و لا كثير، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له ما مرّ و لا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك، كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» و مثلها صحيحه إسماعيل الأحوص.

و صحيحه أبى بصير «عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين، فأوصى ان هذا الذى ترک لأهل المضاربه، أ يجوز ذلک؟ قال: نعم إذا كان مصدقا، أى لم يكن متهما» . و يؤيده أيضا روايه المهدى: «ان أخى مات فتزوجت امرأته، فجاء عمى و ادعى انه تزوجها سرا، فسألتها عن ذلک، فأنكرت أشد الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شىء قط. فقال: يلزمک إقرارها و يلزمه إنكارها» (۱).

ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه و ان كان ظاهر عباره القواعد وجوبها عليه حيث قال: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» . نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها، و هل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، و فى الجواهر:

الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه. قلت: و منشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصوره. و قد أشرنا الى ذلک.

و كيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول و اما مع اليمين المردوده على القولين، و ان نكلا جميعا فالحكم هو التنصيف.

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديده بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه و عليه اليمين، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

۱- ۱) المستند ۲-۵۸۰

بمجرده و اما بعد اليمين المردوده، و الوجه فى صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو-و ان كان تملك زيد له بحكم الحاكم-لان السبب أقوى من المباشر، و قد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظله:

«فى رجل قال لاخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك. فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غيره ذلك مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك انه هو الذى ضيّع حقها.

الحديث» (۱).

و كيفما كان معنى الروايه، فإن محل الاستدلال قوله عليه السّلام: «و ذلك انه هو الذى ضيّع حقها» فان هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، و حيث ان دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضيّع لحقه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

و هل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد فدفعها اليه بحكم الحاكم ثم أقر بكونها لعمرو فإنه يلزم بدفع ثمن العين كله.

و لو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكا لعمرو المدعى؟ قيل بالأول، و أشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره و حكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له.

أقول: انه بناء على ما ذكرنا فى كيفيه طرح دعوى عمرو على الثالث يتعين اليمين على البت، لأن الإتلاف فعل نفسه.

على أن الإتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن سواء كان عالما أو جاهلا أو ناسيا، إذ الموضوع للضمان هو الإتلاف و هو هنا متحقق حسب

۱- ۱) أنظر المستند ۲-۵۸۱

دعوى المدعى.

هـذا و فى القواعـد: «و لو كانت فى يـد ثالث حكم لمن يصـدقه بعد اليمين منهما» و مرجع الضـمير فى «منهما» هو المصدّق أى الثـالث و المصـدق المقر له، و أشـكل عليه فى الجواهر بـأنه لاـ أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصـدق، قال: و يمكن تعلق «منهما» بقوله: يصدقه» ، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حينئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

٢-ان يصدق من هى بيده كليهما

و الصوره الثانيه أن يصدق كليهما قال المحقق «و ان قال: هى لهما قضى بها بينهما نصفين، و أحلف كل منهما لصاحبه» .

أقول: فى هـذه الصوره تخرج العين من يد الثالث، و تكون كالصوره التى هى فى يد المتنازعين، فيحكم بالتنصـيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

و حينئـذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضـييع نصف المال عليه، فان حلف-بتا على نفى العلم على القولين- فهو و الا وجب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

و يـترتب على القول بالتحـالف انه ان حلفـا فالتنصـيف و ان نكلاـ فكـذلك، و ان حلف أحـدهما دون الأـخر كـانت العين كلها للحالف، و كان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فان حلف فهو و الا وجب عليه الغرم و هو النصف، لان المفروض انه قد ضيّع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معا.

٣-أن يكذب من هى بيده كليهما

و الصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قده «و لو دفعهما أقرت فى يده» .

أقول: ان كذب الثالث كليهما كانا مدعيين و هو المدعى عليه، و حيث لا بينه لهما يجب على الثالث اليمين على نفى كون العين لهما، و هل يشترط تعيين

ص:١٢۶

المالک أو یکفی إنکار کونها لهما؟ قالوا بالثانی، فإذا حلف أقرت العین فی یده و ارتفع النزاع.

و عن المحقق الأردبیلی انه یحلف علی نفی العلم بکونها لهما لا-علی البت، و لعل الوجه فیما ذکره هو: أن الیمین علی نفی کونها لهما یمین فی ملک غیر الحالف و لا فائده للیمین فی ملک الغیر سواء کان نفیا أو إثباتا، و وجه ما ذکره القوم من کون الیمین علی البت هو: انه یکفی لتوجه الیمین الیه کون مورد الیمین فی یده، فیقولان له: ان الذی فی یدک لنا، فیحلف علی نفی کونه لهما.

و کیف کان فإذا حلف سقطت دعواهما، و ان نکل، فان کان نکوله بالنسبه إلی کلیهما معا کانت العین کالعین التی هی فی ید المتنازعین فیتحالفان علی القول المشهور و یحکم بالتنصیف، و علی قول المحقق قدس سره یحکم به من دون تحالف، و ان نکل عن الیمین لأحدهما دفعت العین للذی حلف له بناء علی کفایه النکول، و بعد الرد و الیمین علی القول الأخر، و لا یغرم الثالث النصف الأخر، لبطلان قوله «لیست لکما» بنکوله. ثم للآخر ان یدعی علی ذی الید فتکون صغری «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» فان نکل المدعی علیه، عن الیمین فالقولان.

۴-ان یقر من هی بیده لأحدهما غیر المعین.

و الصوره الرابعه: ان یقر بکون العین لأحدهما لا-علی التعیین. و فی هذه الصوره تکون العین کالعین التی هی تحت یدهما، فیحکم بالتنصیف علی ما تقدم فی تلک الصوره، لکن عن القواعد: «قرع بینهما، لتساویهما فی الدعوی و عدم البینه» و عن التحریر: «فمن خرجت باسمه حلف و کانت له، فان نکل حلف الأخر، و ان نکلا قسمت بینهما» و عن التذکره التحالف، فان حلفا أو نکلا کانت بینهما، و الا فللحالف.

و فی المستند: «قیل: یحتمل القرعه، فیحلف من خرجت له، فان نکل حلف الأخر، و ان نکلا قسمت بینهما. و یحتمل القضاء بینهما نصفین ابتداء بعد

حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما.

أقول: بل الأوجه الثانى لروايه السكونى: قال أمير المؤمنين علیه السّلام فی رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندی ألف درهم ثم مات علی تلک. فقال:

أيهما أقام البينه فله المال، فان لم يقم واحد منهما البينه فالمال بينهما نصفان.

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضی إطلاقها فالقول به كما فيما إذا كان فی أيديهما معا أوجه.

و حكم الفاضل فی القواعد بالقرعه بينهما من غير ذكر حلف. كان حسنا لو لا الروايه المذكوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

و أما القول بالقرعه فوجهه ما ذكره العلامه فی القواعد إذ مع تساويهما فی الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولا لتردده بين الشخصين، و الأمر المجهول يعرف بالقرعه.

فقيل: يحلفان مع ذلک لأنه بالقرعه يعيّن ذو اليد، فيكون المدعی عليه و يكون الأخر المدعی، فان لم يحلف المدعی عليه وردت اليمين علی المدعی لزمته.

و قيل بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عينت صاحب المال فلا حاجه الی اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجه الی القرعه مطلقا بعد وضوح الحكم بظهور الأدله فی التنصيف.

۵-أن يقول من هی بيده ليست لی و لا ادری لمن

و الصوره الخامسه: أن يقول الثالث: ليست العين لی و لكن لا أدری لمن هی. أو يقول: لا أدری أنها لی أو لهما أو لغيرهما.

و الحكم فی هذه الصوره هو الحكم فی العين التی لا يد لأحد عليها-و ان كان بين القولين المذكورين فرق من جهه سنذكره-و قد ادعاها اثنان،

و قد ذکر فی العروه فیها وجوها:

الأول: إجراء حکم المدعی و المنکر، لکون کل منهما مدعیا و منکرا، فمع حلفهما أو نکولهما تقسم بینهما، و مع حلف أحدهما و نکول الأخر تکون للحالف لقوله صلّی اللّه علیه و آله: البینه للمدعی. إلخ. و لروایه إسحاق بن عمار و فیها: «فلو لم یکن فی ید واحد منهما و أقاما البینه؟ قال: أحلفهما فأیهما حلف و نکل الأخر جعلتها للحالف» (۱).

قال السید رحمه اللّه: «و فیه منع صدق المدعی و المنکر، بل کل منهما مدع فیکون من التداعی. و اما الروایه فمختصه بصوره البینه فلا تشمل المقام» و الثانی: التحالف للتداعی، فإذا حلفا قضی بالتنصیف بینهما.

و الثالث: القرعه من جهه أنه أمر مجهول و القرعه لکل أمر مجهول.

و المختار هو الوجه الثانی تبعا للسید فی العروه، و قد نسب الأول-تبعا للمستند-الی المحقق الأردبیلی، لکنّ کلامه یفید اختیاره للوجه الثانی لا الأول، و یشهد بذلک عدم ظهور روایه إسحاق فیما نسب الیه. أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقی فقال ردا علی القول الأول: «الحلف أمر شرعی یتوقف علی التوقیف و لا أری دلیلا علی حلفهما هنا و الحکم بنکولهما أو نکول الناکل. و الروایه مخصوصه بصوره إقامتهما البینه، و التعدی یحتاج الی الدلیل.

و القرعه لکل أمر مجهول فالرجوع إلیها أظهر، کما حکم به علی علیه السّلام فی روایتی أبی بصیر و ابن عمار (الاولی): بعث رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله علیا علیه السّلام الی الیمن فقال له حین قدم: حدثنی بأعجب ما ورد علیک، قال: یا رسول اللّه أتانی قوم قد تبایعوا جاریه فوطئوها جمیعا فی طهر واحد، فولدت غلاما فاختلفوا فیه کلهم یدعیه، فأسهمت بینهم و جعلته للذی خرج سهمه و ضمنته نصیبهم. الحدیث (۲). (و الأخری):

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۸

إذا وطئ رجلان أو ثلاثه جاريه فی طهر واحد فولدت، فادعوه جمیعا، أقرع الوالی بینهم، فمن قرع کان الولد له، یردّ قیمه الولد علی صاحب الجاریه -الحدیث (۱).

و عمل بها الأصحاب طرأ فی مورده من غیر إحلاف» و أجاب السید فی العروه عن الاستدلال المذکور بأنه: «لا واقع مجهول فی المقام حتی یعیّن بالقرعه، لعدم کون العین فی یدهما و احتمال کونها لثالث غیرهما. و الروایتان مخصوصتان بموردهما» .

قلت: کأن النراقی یرید إلغاء خصوصیه «الولد» المتنازع فیه الذی لا یمکن القضاء بتنصیفه، و لا طریق إلی معرفه من هو له لا بالیمین و لا بالبینه، حتی یتمکن من التعدی منه الی المال. لکن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصیه فی الروایتین أصعب من إلغاء الخصوصیه فی روایه إسحاق.

و بما ذکرنا یظهر عدم قابلیه الروایتین للمعارضه مع عمومات البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر، و جعل مدلول العمومات: ان کل بینه علی المدعی و کل یمین علی المنکر، لا ان کل مدع و منکر علیه البینه و الیمین یخالف ظاهر تلک الاخبار، و لو تم ذلک لسقطت عن الاستدلال حتی فی موارد وجود المدعی و المدعی علیه، و من هنا لم یوافق علیه النراقی نفسه.

فالحاصل: ان الذی یدعی کون الشیء ملکا له فی مقابل دعوی غیره لذلک أیضا یصدق علیه «المنکر» عرفا فتشمله العمومات کالروایه الوارده فی قضیه فدک، و روایه ابن أبی یعفور (۱)و غیرهما.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۹۰

اذن يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، و أن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه اللّه فى غير محلها.

فتلخص ان الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم هـل الرجوع الى القرعه يختص بمورد الأـموال فقط أو يمكن تعيين الحجه الشـرعيه بها كـذلك؟ لا ريب فى ترجيـح احـدى الروايتين على الأخرى بالقرعه، و فى بعض الاخبار يتعيّن ذو اليـد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصـين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد اشكال الجواهر.

و أمـا الفرق بين قول الثالث: «ليست لى و لا أدرى انها لمن» و قوله: «لا أدرى انها لى أولهما أو لغيرهما» فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج بإقراره عن أطراف الشـبهه، بخلاف الثانى، و لـذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له لكون يده عليها و أن جهله لاـ ينفى ملكيته للعين، و حينئـذ يمكن إحلافه على نفى العلم، فان حلف أبقيت العين فى يـده، و ان نكل أخـذت منه و سلمت الى المدعيين و يقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص:۱۳۱

المسأله الثانيه

اشاره

(فی تعارض البینات)

قال المحقق قدس سره: «یتحقق التعارض فی الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن یشهد شاهدان بحق لزید، و یشهد آخر ان أن ذلک الحق بعینه لعمرو أو یشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و یشهد آخران ببیعه بعینه لخالد فی ذلک الوقت، و مهما أمکن التوفیق بین الشهادتین وفق» .

أقول: کان موضوع البحث فی المسأله الأولی تنازع الشخصین فی ملکیه عین خارجیه و لا- بینه لأحدهما علی دعواه، و قد تقدمت صورها و أحکامها.

و موضوع هذه المسأله حصول التنازع بین الشخصین فی ملکیه العین مع فرض وجود البینه، فإن کان لأحدهما بینه دون الآخر و کانت بینه جامعه للشرائط قضی له بها و لا تصل النوبه إلی إحلاف الآخر کما هو واضح، و ان کان لکل منهما بینه فهنا صور.

متی یحصل التعارض؟

و قد ذکر المحقق قبل بیان الصور و أحکامها کیفیه تحقق التعارض فی الشهاده و المراد منه، بأن ذلک یتحقق «مع تحقق التضاد» بین البینتین بان لا یمکن التوفیق بینهما بنحو من الأنحاء، «مثل أن یشهد شاهدان بحقّ لزید و یشهد آخران أن ذلک الحق بعینه لعمرو، أو یشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و یشهد

آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك. كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس و يشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معا.

و قد يتحقق التكاذب بين البينتين، و هو تاره يكون بتكذيب احدى البينتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقا، كأن تشهد هذه بأن زيدا أوصى قبل وفاته بكذا و انهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرض منهما لواقع القضيه و انه هل أوصى زيد بكذا أولا.

و أخرى يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا و أن ما شهدت به البينه الأولى مخالف للواقع، إلا انهما قد لا يكذبان تلك البينه لاحتمال اشتباههما و عدم تعمدهما للكذب.

هذا و قد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعا و حكما، فعن العلامه فى محكى القواعد التصريح بكون التكاذب غير التعارض، و الجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقا بخلاف التعارض، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصوره الثانيه. و الأول أولى.

صور تعارض البينات.

اشاره

و حيث يتحقق التعارض بين البينتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسأله صور:

أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، و قد ذكر المحقق قدس سره حكم هذه الصوره و دليله بقوله:

الصوره الأولى: كون العين بيد المتداعيين:

«يقضى بينهما نصفين، لان يد كل واحد على النصف، و قد أقام الآخر بينه

فيقضى له بما فى يد غريمه» .

فالحكم فى هذه الصوره هو جعل العين بينهما نصفين (نظير صوره النزاع حول العين مع عدم البينه و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما فى المسالك، و فى الجواهر بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن و أبى على.

اذن لا اختلاف فى الحكم بالتنصيف، و لكن اختلف فى وجه هذا الحكم و سببه فقيل: لتساقط البينتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، و قيل: لان مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده، و قيل كما فى المتن: لأن يد كل واحد على النصف. و قد أقام الآخر بينه عليه، فيقضى له بما فى يد غريمه، قال فى المسالك بناء على تقديم بينه الخارج على الداخل قال: و هذا هو الأشهر.

فالوجوه المذكوره فى سبب الحكم فى المسئله ثلاثه، و تظهر فائده هذا الخلاف فى اليمين على من قضى له، فعلى القول بالتساقط يلزم لكل من المتنازعين يمين، و هذا هو مذهب المشهور فى المسأله السابقه خلافا للمحقق، فان حلفا فالتنصيف و إلا قضى بها للحالف دون الناكل، و ان نكلا جميعا فالحكم هو التنصيف أيضا، و على القولين الأخيرين-تقديم بينه الداخل، و تقديم بينه الخارج- لا يمين، لترجيح كل من البينتين باليد على القول الأول منهما فيعمل بالراجح، و لأن البينه ناهضه بإثبات الحق على القول الثانى منهما فلا يمين معها.

قال فى الجواهر: لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحا بكونه من تقديم بينه الخارج قال: و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى.

و فى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف و جعل منشأه دائرا بين الأخيرين، و انه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده، و على ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال: يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم،

و ان حلف أحدهما و نكل الأخر قضى بها للحالف.

و عن مهذب أبى العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما.

أقول: هذه عباره التنقيح فى هذه المسأله: «هذا هو القسم الثانى و هو أن يكون فى يدهما، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما فى يده، و ان قلنا يقضى للخارج قضى لكل بما فى يد الأخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم و ان حلف أحدهما و نكل الأخر قضى بها للحالف» هذا نص عبارته، و من المحتمل أن يكون قوله «و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتبطا بقوله «أو لم يقيما» و قد يقويه قوله قبل ذلک «قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخل و تقديم بيّنه الخارج. فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول القضاء له بما فى يده بناء على تقديم بينه الداخل، و الثانى القضاء له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، و الثالث التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبى العباس ابن فهد الحلى الذى نقله عن المهذب البارع بقوله: «و لعل ذلک منه خلافا فى أصل المسأله، و هو أن تقديم بينه الداخل بمعنى إسقاط بينه الخارج لا انها حجه، فيرجع الحاصل-كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلک، بل هو قوى فى نفسه لاشتمال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف» .

و وجّه كلام العلامه فى التحرير و المقداد فى التنقيح بقوله: كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السّلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الأخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما

و أقاما البينه، فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين. قيل: فان كانت فی يد أحدهما و أقاما جميعا البينه.

قال: اقضی بها للحالف الذی هو فی يده» (۱).

قال: بل ربما كان هو دليل التحالف علی القول الأول و ان لم نقل به فی غيره.

الا انه خبر واحد و فی سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا علی خلافه فلا يصلح مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص و غيره علی التنصيف بدونه.» .

أقول: قال المجلسی قدّس سره فی مرآه العقول فی روايه إسحاق المذكوره:

«حسن أو موثق» . علی أنک قد عرفت عمل المشهور بها فی المسأله السابقه و ذلک يجبر ضعفها ان كان، و حينئذ تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البينه علی المدعی و اليمين علی من ادعی عليه فلا مانع من القول بالتحالف فی هذه الصوره جمعا بين الأدله.

و بعباره أخری: ان يد كل واحد هی فی الحقيقه عند أهل العرف علی نصف العين، فكل منهما يقيم البينه لأنه يدعی النصف الأخر الذی بيد غريمه و يحلف علی إنكار كون هذا النصف الذی بيده لغريمه، و دليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره و قد عرفت اعتبارها.

و لا يعارضها ما عن أبی جعفر عليه السّلام قال: «بعث رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله عليا الی اليمن، فقال له حين قدم: حدثنی بأعجب ما ورد عليک فقال يا رسول اللّه أتانی قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فی طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذی خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. فقال رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الی اللّه إلا خرج سهم المحق» (۲)لأنها فی غير ما نحن فيه، لان ذا اليد فيها واحد منهم و هو آخرهم، و لان الولد حر فليس مالا و كلامنا فی دعوی الأملاک.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۲ الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم.

و مثلهـا روايه تميم بن طرفه: «ان رجلين ادعيـا بعيرا فأقـام كل واحـد منهما بينه فجعله أمير المؤمنين عليه السّـلام بينهما» (۱)إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جائت فى نسخه «عرّفا بعيرا» و حينئذ تكون ظاهره فى غير المقام.

فالحاصل: انه لا مانع من الحكم بمفاد روايه إسـحاق بن عمار، و قد أفتى جماعه بذلك و ان لم يسـتند إليها بعضـهم صـريحا، و صاحب الجواهر لم يناقش فى دلالتها و انما ضعفها سندا و قد عرفت جوابه.

و قيـل: انه لمـا كـان يـدعى كـل واحـد منهما كل العين فان يـده لا تكون على النصف بل على الكل فتتعارضان، و إذا تعارضـتا تساقطتا، فيكون الحكم فى المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين و هو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ثم ان صاحب الجواهر قدس سـره بعد أن خدش فى روايه إسـحاق بما سـمعت استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدس سره بالتنصـيف كون هذا الحكم هو مقتضـى العدل و انه ميزان من موازين القضاء من غير حاجه الى تحالف، لا أنه مبنى على تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، لان يد كل منهما على الكل لا النصف، و لان المشهود به كون الجميع له لا نصفه، ثم استدل على ذلك بخبر الـدرهمين (۱)و بقاعـده توارد السـببين الممكن إعمالهمـا معا على مسـبب واحـد نحو المتسابقين على حيازه مباح، و بإطلاق قوله عليه السّلام: «لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين (۲)و بإطلاق

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۳

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۳-۱۸۲

النبوی: «ان رجلین تنازعا دابه لیس لأحدهما بینه فجعلها النبی صلّی اللّه علیه و آله بینهما» (۱).

و بالمرسل عن أمیر المؤمنین علیه السّلام: «فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدعیه الرجلان انه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بینه کل واحد منهما و لیس فی أیدیهما فأما ان کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، و ان کان فی ید أحدهما فالبینه فیه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (۱).

هذا و عن ابن أبی عقیل اعتبار القرعه التی هی لکل أمر مشکل فی خصوص ما نحن فیه، لان التنصیف تکذیب للبینتین. و أشکل علیه فی الجواهر بقوله: کأنه اجتهاد فی مقابله النص. و فیه انه لیس اجتهادا فی مقابله النص، بل لعله یخدش فی ظواهر هذه النصوص.

قلت لکن مقتضی النصوص توجه الیمین علی من خرج اسمه لا أنه یقضی لمن خرج اسمه، فان حلف قضی له و الا احلف الأخر و قضی له بحلفه.

و عن ابن الجنید: التحالف مع تساوی البینتین، فان حلف أحدهما استحق الجمیع، و ان حلفا اقتسماها، و مع اختلاف البینتین یقرع، فمن أخرجته القرعه حلف و أخذ العین. قال فی الجواهر: لا دلیل علیه بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فی الجواهر عن الریاض أنه بعد أن نسب المختار-الذی هو التنصیف تساوت البینتان عددا و عداله و إطلاقا و تقییدا أو اختلفت-إلی الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادرا. قال: «خلافا للمهذب و به قال جماعه من القدماء، فخصّوا ذلک بما إذ تساویا فی الأمور المتقدمه کلها و حکموا مع الاختلاف فیها لارجحها، و اختلفوا فی بیان المرجح لها، فعن المفید اعتبار الأعدلیه خاصه هنا و ان اعتبر الأکثریه فی غیرها، و عن الإسکافی اعتبار الأکثریه خاصه، و فی المهذب اعتبارهما

۱- ۱) سنن البیهقی ۱۰-۲۵۵

مرتبا بینهما الأعدلیه فالاکثریه، و عن ابن حمزه فی اعتباره التقیید أیضا مرددا بین الثلاثه غیر مرتب بینها، و عن الدیلمی اعتبار المرجح مطلقا غیر مبین له أصلا» قال فی الجواهر: و لم اعرف نقل هذه الأقوال علی الوجه المزبور فیما نحن فیه لغیره. و علی کل حال لا اعرف دلیلا یعتد به علی شیء منها علی وجه یصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا کله فی الصوره الأولی.

الصوره الثانیه: کون العین بید أحدهما فهل یقدم الداخل و الخارج؟

و الصوره الثانیه: أن تکون العین فی ید أحد المتنازعین، قال المحقق قدس سره: «یقضی بها للخارج دون المتشبث ان شهدتا لهما بالملک المطلق» .

أقول: نسبه فی الجواهر الی المشهور بین الأصحاب شهره عظیمه قال:

بل عن الخلاف و الغنیه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع علیه، بل عن الخلاف و الأخیر نسبته الی أخبار الفرقه.

قلت: و الصریح منها فی الدلاله المرسله عن أمیر المؤمنین علیه السّلام: «فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدعیه الرجلان أنه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بینه کل واحد منهما و لیس فی أیدیهما، فأما ان کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، و ان کان فی ید أحدهما فالبینه فیه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (۱)و ضعفها منجبر بما عرفت.

و قد استدل له بالتعلیل الوارد فی خبر منصور قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام:

رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادعاها فأقام البینه العدول أنها ولدت عنده و لم یهب و لم یبع، و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم یبع و لم یهب.

فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام: حقها للمدعی و لا أقبل من الذی فی یده بینه، لان اللّه عز و جل إنما أمر أن تطلب البینه من المدعی، فان کانت له بینه و الا فیمین الذی هو فی

۱- ۱) مستدرک الوسائل الباب ۱۰ من أبواب کیفیه الحکم.

یده. هکذا أمر اللّه عز و جل» (۱)، دلّ علی أن البینه المسموعه هی بینه المدعی و أن علیها أن یترتب الأثر حتی فی صوره وجود البینه للمدعی علیه.

أقول: و هـذا الخبر یوضـح المراد بالخبر المسـتفیض و هو قولهم علیهم السّلام «البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه» فیکون ظاهرا فی عـدم قبول بینه المنکر و أن المیزان فی مقام المرافعه سـماع بینه المـدعی فان کانت له بینه و الا فیمین المـدعی علیه، فهکذا أمر اللّه عز و جل.

و اختار السـید فی العروه القول بسـماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقا و لو مع عـدمه، قال: ان الأقوی سـماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقا و لو مع عـدمه، فیجوز للمنکر مع عدم البینه للمدعی أن یقیم البینه فرارا من الیمین، و ان ادعی صاحب الریاض الإجماع علی عدم قبولها منه.

قـال: و یـدل علی مـا ذکرنا بعـد منع الإجماع مضافا الی عموم ما دل علی حجیه البینه و الی عموم مثل قوله صـلّی اللّه علیه و آله إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان خصوص اخبار المقام.» .

قلت: ان تمسـکه بهـذه العمومـات لسـماع البینه من المنکر فی غایه الإشـکال کجوابه عن الاسـتدلال بالخبر المشـهور «البینه علی المـدعی و الیمین علی من أنکر» للقول الأول بأن المراد منه بیان الوظیفه الأولیه للمدعی و المنکر، و إلا فلا مانع من سـماع البینه للمنکر أیضـا-قال: «و أیضا یمکن أن یقال: القـدر المعلوم من الخبر انه لا یلزم المنکر بالبینه و انما یلزم بالیمین لا انه لا تقبل منه البینه» فـإنه- و ان سـبقه الی ذلـک صـاحب الجواهر حیث تنظر فی دلالـته علی القول الأول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلاـ: «ضروره عدم دلالته علی أزید من استحقاق المدعی علی المنکر الیمین دون البینه بخلاف المنکر فان له علی المدعی البینه.»

---

۱ – ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۶ الباب ۱۲ مـن أبـواب کیفیـه الحکم. و فیه «محمـد ابن حفص» و لم أجـد توثیقـا له. انظر: تنقیح المقال ۳-۱۰۸.

-خلاف ظاهر الخبر لا سیما مع النظر الی خبر منصور، و لانّ التفصیل قاطع للشرکه فلا تکون البینه حجه من کلیهما و لا الیمین، و لکن الاولی هو النظر فی نصوص هذه الاخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

۱-عن سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «فی کتاب علی علیه السّلام أن نبیا من الأنبیاء شکا الی ربه فقال: یا رب کیف أقضی فیما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحی اللّه إلیه: احکم بینهم بکتابی و أضفهم إلی اسمی فحلفهم (تحلفهم) به و قال: هذا لمن لم تقم له بینه» (۱).

۲-عن أبان بن عثمان عمن أخبره عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «فی کتاب علی علیه السّلام أنّ نبیا من الأنبیاء.» (۲).

۳-عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السّلام: «أن نبیا من الأنبیاء شکا الی ربه.» (۳).

۴-عن ضمره بن أبی ضمره عن أبیه عن جده قال قال أمیر المؤمنین علیه السّلام أحکام المسلمین علی ثلاثه: شهاده عادله، أو یمین قاطعه، أو سنه ماضیه من أئمه الهدی» (۴).

۵-عن هشام بن الحکم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم: إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان، و بعضکم ألحن بحجیته من بعض.» (۵).

۶-عن جمیل و هشام عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله:

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۷ الباب ۱ من أبواب کیفیه الحکم.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۷ الباب ۱ من أبواب کیفیه الحکم.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۸.
۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۸.
۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۸-۱۶۹.

البینه علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه» (۱).

۷-عن برید بن معاویه عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «سألته عن القسامه.

فقال: الحقوق کلها البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه الاّ فی الدّم خاصه. الحدیث» (۲).

۸-عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «ان اللّه حکم فی دمائکم بغیر ما حکم به فی أموالکم. حکم فی أموالکم ان البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه، و حکم فی دمائکم ان البینه علی من ادعی علیه و الیمین علی من ادعی، لئلا یبطل دم امرئ مسلم» (۳).

أقول: و الانصاف ظهور الأخبار الأربعه الثانیه فی ان میزان القضاء فی مقام المرافعه کون البینه علی المدعی و کون الیمین علی من أنکر و انه لم تجعل البینه علی المدعی علیه فی الشرع فی مورد إلا لحکمه مخصوصه بذلک المورد (۱).

و استدل صاحب الجواهر لسماع بینه المدعی علیه بعموم ما دل علی حجیه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷-۱۷۱.

شهاده العدلين كتابه و سنه.

قلت: و أيضا يمكن الاستدلال له بالسيره فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلا عن العدلين لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فى الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره و خبر منصور يخصصان العام و يصلحان للردع فى هذا المقام.

و استدل السيد فى العروه باخبار خاصه و بخبر فدك حيث قال: «و اشعار خبر فدك. فإن أمير المؤمنين عليه السّلام أنكر على أبى بكر فى طلبه البينه منه فى الدعوى عليه مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السّلام انه لم فرّق بينه عليه السّلام و بين الناس فى طلب البينه، و لو كان لا يقبل من المدعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فى مقام المجادله» .

قلت: أما بعض الاخبار الخاصه التى أشار إليها فيكفى فى وهنها اعراض المشهور عنها، و أما دعواه اشعار خبر فدك بما ذهب اليه ففيها ان التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى لأن دلالته على ذلك أوضح مما قاله: فقد ورد فى ذلك الخبر: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام قال لأبى بكر: أ تحكم فينا بخلاف حكم اللّه فى المسلمين؟ قال: لا. قال فان كان فى يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدعيه على المسلمين. قال:

إذا كان فى يدى شيء فادعى به المسلمون تسألنى البينه على ما فى يدى و قد ملكت فى حياه رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و بعده و لم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا علىّ كما سألتنى البينه على ما ادعيت عليهم. و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» و هو ظاهر بل صريح فى انه لا يطلب البينه من ذى اليد و لا يحكم على طبقها إذا أقامها.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم-بعد إقامه المدعى بينته-المدعى عليه

هل عنـده بينه على الإنكار أولا. و أيضا فقـد تقـدم فى المباحث السابقه الخبر (۱)الـدال على أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله كـان يرسـل من يسـأل عن حال الشاهـدين إذا لم يعرفهما و يوقف الحكم فى القضـيه حتى يرجع رسوله فإذا رجع و ظهر عـداله الشاهدين حكم.

و لم يتضـمن هـذا الخبر سؤاله صلّى اللّه عليه و آله من المـدعى عليه فى هذه الأثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى.

و من هنا كان القضاء للمدعى بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط امرأ مسلما بين المسلمين.

و كيف كان فقد قال المحقق فى هذا القسم: «و فيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد» .

و هذا القول هو تقديم بينه الداخل على بيّنه الخارج. قال المحقق و هو بعيد و فى الجواهر: بل لم نتحققه قولا له.

و فى المسـأله أقوال أخرى: فقـد فصّل بعضـهم فقال بعـدم حجيه بينه المنكر مع القول بصـلاحيتها للمعارضه مع بينه المـدعى. و بعباره أخرى المسـتفاد من أدله القضاء هو عـدم القضاء ببينه المـدعى عليه و لكن لا تدل على عدم صـلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى و إسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف.

أقول: و حاصـل هـذا القول عـدم القضـاء ببينه المـدعى مع وجود بينه المـدعى عليه أو احتمـال وجودهـا، لكن يرده أنه إذا كان كـذلك فلما ذا كان ديـدن المسـلمين على خلاف ذلك و هو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينه عنـده و عـدم وجودهـا، كما هو شأن الفقيه فى مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعـد الفصـح و اليأس عما يعارضه.

و أمـا القول بتقـديم البينه المشـتمله على ذكر السـبب منهمـا فلا دليل عليه فى الاخبار، كالقول بالتقـديم بالأعـدليه، و أما تقـديم الأكثر عددا منهما فقد يدل بعض الاخبار عليه.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۷۴ عن التفسير المنسوب الى الامام العسكرى عليه السلام.

لكن المختار هو القول الأول و هو الأخذ ببينه الخارج تبعا للمشهور و اللّه العالم هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهاده المشتمله على السبب

و اما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب فهنا ثلاث صور.

فالأولى: شهادتهما معا بالسبب، قال المحقق قدس سره:

«و لو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد لقضاء على عليه السّلام و قيل: يقضى للخارج لانه لا بيّنه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملا بقوله صلّى اللّه عليه و آله: و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه و هو أولى» .

١-شهادتهما معا بالسبب:

أقول: ففى هذه الصوره قولان، نسب أولهما إلى الشيخ و الثانى إلى المشهور، و قد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما.

فدليل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الأخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه. قال أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» (١).

و محل الاستدلال: «فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه.» و هل معنى ذلك أن بينه ذى اليد مقدمه على بينه الخارج أو انه حينئذ يكون فى الحقيقه من تكاذب البينتين فيتساقطان و يقضى لصاحب اليد بعد حلفه لانه مدعى

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

علیه و لا یمین علی المدعی؟ وجهان مبنیان علی شمول أدله حجیه البینه لصوره التکاذب و عدمه.

و الأظهر هو الوجه الثانی من جهه إیجاب الإمام علیه السّلام الحلف أیضا، فإنه لو کانت بینه ذی الید حجه متقدمه علی بینه المدعی فلا حاجه الی الحلف، فلزوم الحلف کاشف عن عدم حجیه بینه المدعی علیه أو حجیتها بمقدار صلاحیتها للمعارضه مع بینه المدعی فیتساقطان، فإذا تساقطتا کانت مثل صوره عدم البینه، و علی ذی الید الیمین فإذا حلف قضی له.

و هذا کله بناء علی اعتبار الخبر کما تقدم.

و مثله ما رواه غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «ان أمیر المؤمنین علیه السّلام اختصم الیه رجلان فی دابه کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها، فقضی بها للذی هی فی یده، و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۱)و هذا أیضا ظاهر فی التساقط کسابقه.

و دلیل القول الثانی: ما رواه منصور عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قلت له: رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادعاها و أقام البینه العدول انها ولدت عنده لم یبع و لم یهب، و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم یبع و لم یهب، قال أبو عبد اللّه علیه السّلام: حقها للمدعی و لا أقبل من الذی هی فی یده بینه، لان اللّه عز و جل أمر أن تطلب البینه من المدعی، فان کانت له بینه و الا فیمین الذی هو فی یده، هکذا أمر اللّه عز و جل» (۲).

و هذا الخبر یعارض خبر إسحاق بناء علی الوجه الأول و بقطع النظر عن السند فی کلیهما، و حینئذ یرجع الی العام کما هو القاعده فی کل مورد تعارض فیه دلیلان خاصان، و العام هنا هو قوله صلّی اللّه علیه و آله «البینه علی المدعی و الیمین علی من

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

أنکر» فإنه یدل علی انه لا تسمع بینه ذی الید، لاشتماله علی التفصیل القاطع للشرکه و هو یعم صوره ذکر السبب و عدمه مطلقا.

فاذن یحکم فی هذه الصوره بتقدیم بینه الخارج، و من هنا قال المحقق قده:

«و هو اولی» و هو المختار.

۲-ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملک المطلق:

الصوره الثانیه: أن تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملک المطلق، و هذه الصوره لم یذکرها المحقق قدس سره اعتمادا علی ظهور حکمها بالأولویه القطعیه بناء علی ما ذهب إلیه فی الصوره الأولی، لأنه إذا دلت الأدله علی تقدیم بینه الخارج فی صوره شهاده کلتا البینتین بالسبب فإنها تدل علی تقدیمها فی صوره عدم شهاده بینه الداخل بالسبب بالأولویه القطعیه، کما هو واضح.

قال فی الجواهر: «و علی کل حال فما عن المجلسی من حمله النصوص المزبوره علی التقیه لشهرته بین العامه فتوی و روایه، یدفعه ما سمعت من موافقه خبر بینه الخارج لأحمد بن حنبل أیضا، بل ملاحظه کلام العامه یقضی باضطراب أقوالهم فی ذلک علی وجه لا تقیه فی إظهار الحق فیما بینها، خصوصا مع نسبته الی علی علیه السّلام.

علی أن المحکی عن الشیخ نسبته الی مذهبنا و أنه الذی تدل علیه أخبارنا، فکیف یحمل مثله علی التقیه» .

۳-ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملک المطلق:

و الصوره الثالثه: ان تشهد لذی الید بالسبب و للخارج بالملک المطلق قال المحقق قدس سره: «اما لو شهدت للمتشبث بالسبب و للخارج بالملک المطلق فإنه یقضی لصاحب الید، سواء کان السبب مما لا یتکرر کالنتاج و نساجه الثوب الکتان أو یتکرر کالبیع و الصیاغه. و قیل: بل یقضی للخارج و ان شهدت بیّنته بالملک

المطلق عملا بالخبر و الأول أشبه» .

أقول: ذكر فی هذه الصوره قولین، أحدهما: تقدیم بینه الداخل و الیه ذهب الأكثر و هو الأشبه عند المحقق، و الثانی: تقدیم بینه الخارج، و الیه ذهب جماعه.

و قد استدل للقول الأول بخبر عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السّلام یقول: ان رجلین اختصما فی دابه الی علی علیه السّلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده علی مذوده، و أقام كل واحد منهما البینه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین، فعلّم السهمین كل واحد منهما بعلامه.

فخرج اسم أحدهما فقضی له بها.

و كان أیضا إذا اختصم الیه الخصمان فی جاریه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الأخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البینه جمیعا قضی بها للذی أنتجت عنده» (۱).

قلت: لكن لیس فی الخبر-لا فی السؤال و لا فی الجواب-تعرض الی الید، و أنه بید من كانت الجاریه، الا ان یقال بأنه علیه السّلام قضی للذی أنتجت عنده من جهه كونه ذائد، و الا لقضی لمن ادعی اشترائها، فإن ذلک مقتضی التوفیق بین الشهادتین كما تقدم، و لكنه مع ذلک لا یخلو من الإجمال، الا ان المشهور أفتوا علی طبقه و لعلهم فهموا منه ما لم یتضح لنا.

و اما دلیل القول الثانی فقد أشار إلیه المحقق بقوله «عملا بالخبر» و هو «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنكر» ای انه لا اعتبار لبینه المدعی علیه أصلا.

و استدل للأول أیضا بعمومات حجیه الشهاده، فتكون كلتا البینتین حجه،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۶

لکن تقدم بینه الداخل اما من جهه اعتضادها بالید و اما من جهه تأیدها بخبر ابن سنان المزبور.

لکن القول الثانی یقول بتخصیص عمومات «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» لعمومات حجیه شهاده العدلین، أی أنه فی مورد المرافعه لا- تسمع بینه المنکر.

فإذا کان مقتضی «البینه علی من ادعی.» عدم سماع بینه المدعی علیه کما تقدم، فإنه لا معنی لتقدم بینه المنکر من جهه تأیدها بما ذکر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأول فاما یکون من جهه التعبد بخبر ابن سنان. و قد عرفت ما فیه، و اما من جهه التساقط ثم القضاء لذی الید. لکن یتوجه علی المحقق حینئذ انه إذا کان هذا هو المبنی فلما ذا قال فی غیر هذه الصوره بتقدم بینه الخارج؟ (۱)

الصوره الثالثه: کون العین بید ثالث و فیها الرجوع الی المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البینتین أن تکون العین فی ید ثالث قال المحقق قده: «و لو کانت فی ید ثالث قضی بأرجح البینتین عداله، فإن تساویا قضی لأکثرهما شهودا، و مع التساوی عددا و عداله یقرع بینهما، فمن خرج اسمه احلف و قضی له، و لو امتنع أحلف الأخر و قضی له، و ان نکلا قضی به بینهما بالسویه» .

أقول: نسب هذا القول إلی الأشهر بل المشهور بل ادعی الإجماع علیه، و لکن بالتتبع لکلماتهم یظهر عدم إمکان الوثوق بما ذکر، فقد قال بعضهم: بالقرعه،

و قیل بالترجیح بأحد الأمرین، و قیل بکلیهما، فمنهم قال بالترتیب و منهم من قال بدونه. فنقول:

اما أدله «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» فلا یمکن الرجوع إلیها فی هذه الصوره، لأن کلیهما ذو بینه و لیس لأحدهما ید علی العین، نعم اثر البینتین نفی الثالث، لان العین هی فی الواقع لأحدهما لکنه مجهول، و لذا قیل هنا بالقرعه لأنها لکل أمر مشکل عملا ببعض الاخبار، لکن أخبار القرعه هنا تشتمل علی الیمین أیضا. و کیف کان فالأولی ذکر نصوص المسأله مع التأمل فی مدالیلها:

(۱) عن أبی بصیر قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن الرجل.

و ذکر أن علیا علیه السّلام أتاه قوم یختصمون فی بغله فقامت البینه لهؤلاء أنهم أنتجوها علی مذودهم و لم یبیعوا و لم یهبوا «و قامت البینه لهؤلاء بمثل ذلک» فقضی علیه السّلام بها لأکثرهم بینه و استحلفهم.» (۱)(۲) عن داود بن سرحان «عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: فی شاهدین شهدا علی أمر واحد و جاء آخران فشهدا علی غیر الذی شهدا علیه «شهد الأولان» و اختلفوا.

قال: یقرع بینهم فأیهم قرع فعلیه الیمین و هو أولی بالقضاء» (۲).

(۳) عن الحلبی قال: «سئل أبو عبد اللّه علیه السّلام عن رجلین شهدا علی أمر، و جاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا. قال: یقرع بینهم فأیهم قرع فعلیه الیمین و هو أولی بالحق» (۳).

(۴) عن سماعه قال: «ان رجلین اختصما الی علی علیه السّلام فی دابه فزعم کل واحد منهما انها نتجت علی مذوده، و اقام کل واحد منهما بینه سواء فی العدد، فأقرع

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۱

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۳

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۵

بینها سهمین فعلم السهمین کل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضین السبع و رب العرش العظیم عالم الغیب و الشهاده الرحمن الرحیم. أیهما کان صاحب الدابه و هو أولی بها، فأسألک أن یقرع و یخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضی له بها» (۱).

(۵) عن غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السّلام: «ان أمیر المؤمنین علیه السّلام اختصم الیه رجلان فی دابه و کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها فقضی بها للذی فی یده و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۲).

(۶) عن إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه علیه السّلام: «ان رجلین اختصما الی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی دابه فی أیدیهما و أقام کل واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علیه السلام فحلف أحدهما و أبی الأخر أن یحلف، فقضی بها للحالف.

فقیل له: فلو لم تکن فی ید واحد منهما و أقاما البینه؟ فقال: أحلفهما فأیهما حلف و نکل الأخر جعلتها للحالف، فان حلفا جمیعا جعلتها بینهما نصفین.

قیل: فان کانت فی ید أحدهما و أقاما جمیعا البینه؟ قال: أقضی بها للحالف الذی هی فی یده» (۳).

(۷) عن داود بن أبی یزید العطار عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السّلام «فی رجل کانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخران فشهدا انها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدّلوا. فقال یقرع بینهم فمن خرج سهمه فهو المحقق و هو اولی بها» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۶-۱۸۵

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۲

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۸-۱۷۴

(۸) عن عبد الرحمن بن ابى عبد اللّه عن ابى عبد اللّه علیه السّلام قال: «كان على علیه السّلام إذا أتاه رجلان «يختصمان» بشهود عدلهم سواء و عددهم. أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع «و رب الأرضين السبع» أيهم كان له الحق فأده اليه. ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين إذا حلف» (۱).

(۹) عن عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه علیه السّلام يقول: ان رجلين اختصما فى دابه الى على علیه السّلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البينه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلّم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها فأسألك أن يقرع و يخرج اسمه. فخرج اسم أحدهما فقضى له بها» (۲).

هذه هى نصوص المسأله، و هى مختلفه، و لقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها «فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه كالمفيد، و من اقتصر على اعتبار الأكثريه كذلك كالاسكافى و الصدوقين، نعم ذكرا قبل اعتبارها إن أحق المدعيين من عدّل شاهداه، فان استوى الشهود فى العداله فأكثرهما شهودا و هو ليس نصا فى اعتبار الأعدليه.

و بين من اقتصر على اعتبارهما خاصه و لم يذكر الترتيب بينهما و لا القرعه بعدهما كالشيخ فى موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الأصحاب، و بين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له و لا ذكر قرعه كالديلمى و الشيخ فى موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجيح مدعيا عليه إجماع الإماميه، و بين من فصل بعين ما فى العباره لكن مقدما للاكثريه على

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۳

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۶

الأعدليه كالحلی فی السرائر و عزاه الی ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوی الإجماع علیه، و بین من اقتصر علی القرعه خاصه کالعمانی» .

النظر فی اخبار الترجیح و طریق الجمع بینها:

فنقول: ان هذه النصوص علی طوائف:

(الأولی: ما یدل علی التنصیف،

کخبر غیاث بن إبراهیم، و الحکم بالتنصیف قد یکون من جهه تساقط البینتین، فتکون مثل صوره دعوی المدعیین بلا بینه، و الدلیل، علی التنصیف هو ما ذکر هناک.

لا یقال: التنصیف یوجب العلم بالخلاف.

لأنا نقول: فرق بین الوصول الی الواقع و العثور علیه، و بین الحکم الفاصل للخصومه، و الحکم بالتنصیف هو طریق لفصل الخصومه.

و قد یکون من جهه العمل بکلتا البینتین بعنوان فصل الخصومه، فإنه و ان شهدت کل واحده بکل المال، الا انه یؤخذ بنصف مدلول کل واحده منهما، و یجمع بینهما و یحکم بالتنصیف لفصل الخصومه، نظیر الجمع بین الروایات.

الطائفه الثانیه:

ما یدل علی التنصیف بعد الیمین،

کخبر إسحاق بن عمار، و علی هذه تحمل الطائفه الأولی الساکته عن لزوم الحلف، فیکون وجه الجمع التنصیف بعد الحلف.

الطائفه الثالثه:

ما یدل علی القرعه

فمن خرج اسمه کان الحق له.

کخبر داود بن أبی یزید العطار، فإنه یدل علی ان طریق الحکم هو القرعه بلا تحلیف فیما إذا کانت المرأه بید ثالث بالأولویه. و کخبر سماعه و خبر عبد اللّه بن سنان.

و هـذه الاخبـار و ان كـانت ظـاهره فى تمـاميه الحكم بـالقرعه و بلا يمين الا انها قضـيه فى واقعه و يمكن أن تحمل على الطائفه الداله على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف و هى:

الطائفه الرابعه:

كخبر عبـد الرحمن بن ابى عبـد اللّه البصـرى، و خبر الحلبى، فيكون طريق الجمع بين هـاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، و حينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله صلّى اللّه عليه و آله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» .

و يتحصل مما ذكرنا ان قاعـده فصل الخصومه هو الأمور الثلاثه الاتيه: البينه و اليمين، ثم التنصـيف و ذلك فى صوره فقـد انهما للبينه أو وجـدانهما لهـا ثم حلف كليهمـا أو نكولهما معا، و يكون التنصـيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلا له، و الا فلا سبيل إلا القرعه.

و اما القول بالترجيـح لإحـدى البينتين على الأخرى بالأكثريه عـداله أو عـددا مع الالتزام بالترتيب أو عـدمه فلم نجـد له دليلا فى الاخبار، إلا خبر ابى بصـير الـذى قضـى فيه لأكثرهم بينه و اسـتحلفهم، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحه على بينه الأخر لهـذه الجهه أو تلك، فالفاضل للخصومه هو اليمين تحكيما للقاعـده الكليه فى بـاب القضـاء، لأنا علمنا من خبر أبى بصـير ان معنى مرجحيه الأكثريه هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكـذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

و قد يستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السّلام الأكثر عددا، أى سواء كانت الأخرى أعدل أولا.

و لو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف و القرعه تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف و قضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار فى هذه الصوره.

ص:۱۵۴

قال المحقق قدس سره:

«و قال فی المبسوط یقضی بالقرعه إن شهدتا بالملک المطلق، و یقسم بینهما ان شهدتا بالملک المقید، و ان اختصت إحداهما بالتقیید قضی بها دون الأخری و الأول أنسب بالمنقول» .

و قد ضعف فی الجواهر ما عن المبسوط قال: و ان قیل فی توجیهه: انه جمع بین ما دل علی القرعه، و خبری تمیم بن طرفه و غیاث المتقدمین سابقا بالتفصیل المزبور لکن فیه ان المفروض فی خبری سماعه و ابن سنان من أخبار القرعه المقیدتین کما أن فیها المطلق أیضا، و فی اخبار التنصیف المقیدتین کخبر غیاث و المطلقتین کخبر تمیم بن طرفه. فلیس فی ما ذکره جمع بین النصوص، بل فی خبر إسحاق ما هو خارج عن الجمیع و هو تحلیفهما معا فأیهما حلف و نکل الأخر کانت للحالف فان حلفا جمیعا کانت بینهما نصفین، و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبی علی.

حکم ما لو أقر الثالث لأحدهما:

قال العلامه قدس سره فی القواعد: «و لو أقر الثالث بالعین لأحدهما فالوجه انه کالید» قال کاشف اللثام: «تقدم علی قیام البینتین أو تأخر، لقیام المعنی القائم فی الید فیه، و جزم به فی المقصد السابع.

و یحتمل العدم بعد اقامه البینتین، لکشفهما عن أن ید المقر مستحقه للإزاله فإقراره کإقرار الأجنبی» و فی الجواهر: «بل قد یشکل-ان لم یکن إجماع- اندراج ذلک قبل اقامه البینتین فضلا عما بعده فیما دل علی حکم ذی الید بالنسبه إلی الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحکم من غیر فرق بین إقرار الثالث و عدمه فتأمل جیدا» .

قلت: انما یتجه احتمال العدم فیما إذا لم یکن الثالث وکیلا للمقر له، لأن البینه قامت علی عدم کونه مالکا للعین، و لم تنف وکالته و لم تسقط یده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له و ادعى وكالته عنه كانت يده يد المقر له و ترتب الأثر على إقراره.

الصوره الرابعه: كون العين لا فى يد أحد

الصوره الرابعه: ان لا تكون العين فى يـد احد، و الظاهر أن حكم هذه الصوره حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قـال المحقق قـدس سـره: «و يتحقق التعـارض بين الشاهـدين و الشاهـد و المرأتين» أقول: لا- خلاف و لا إشـكال فى ذلك، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده فتصدق البينه على الشاهد و المرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين، و ربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما» .

أقول: علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشـهور بعـدم صدق اسم البينه على الشاهد و اليمين، و فى المسالك بان الشاهد لا يسـتقل بـالحجيه، و اليمين معه و ان أوجبت ثبوت المال الا انه حجه ضـعيفه و من ثم اختلف فى ثبوته بها، و بأن الـذى يحلف مع شاهد يصـدق نفسه و الـذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو أقوى جانبا و أبعد عن التهمه، و بهذا صـرح الشـيخ فى المبسوط فى فصـل الدعاوى و البينات، و فى الخلاف أيضا.

و قد ذكر المحقق الآشتيانى وجوها لكنها استحسانيه.

قلت: و ربما يشكل على تعليل المسالك بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف و القوه بل يتحقق التعارض.

و التحقيـق ان يقـال: انـه ان صـدق اسم الـبينه على الشاهـد و اليمين فلا- كلاـم فى قـدرته على المقـاومه مـع الشاهـدين و تحقق التعارض، لكن المراد من «البينه» فى

نصوص کتاب القضاء هو اصطلاح خاص، و مقتضی التقابل بین البینه و الیمین فی قوله صلّی اللّه علیه و آله: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» مغایره البینه للیمین و إن کانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البینه و عدم تحقق التعارض بینهما.

فان قیل: التعارض هو بین الحجتین لا بین البینتین حتی یقال لیس الشاهد و الیمین بینه.

قلنا: مقتضی النظر فی النصوص الوارده فی علاج تعارض البینتین هو ان المراد البینه بما هی لا بما هی حجه، فلا وجه للتعدی عن موردها.

و بما ذکرنا یظهر الجواب عما استدل به الشیخ قدس سره فی فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط علی ما نسب الیه المحقق من القول بالتعارض و القرعه، و انما قال «و ربما» لعدم صراحه کلام الشیخ، و لذا اختلف العلماء فی فهم عبارته فعن الشهید حکایه ذلک عنه فی الدروس صریحا، و عن فخر المحققین نسبه التردد الیه، و قد رجح صاحب المسالک فهم الفخر بعد نقل عباره الشیخ (۱).

و کیف کان فلا ریب فی ضعفه.

قال المحقق قدس سره: «و لا بین شاهد و امرأتین و شاهد و یمین، بل یقضی بالشاهدین و الشاهد و المرأتین دون الشاهد و الیمین» .

أقول: فالحاصل عدم صدق «البینه» علی الشاهد الواحد مع الیمین و حینئذ لا یقع التعارض بینه و بین البینه مطلقا، بل یقضی بما قامت علیه البینه و لا یلتفت الی الشاهد و الیمین.

ص:۱۵۸

الحکم بالقسمه یختص بمورد إمکانه

قال المحقق: «و کل موضع قضینا فیه بالقسمه فإنما هو فی موضع یمکن فرضها دون ما یمتنع کما إذا تداعی رجلان زوجه» .

أقول: قد ذکرنا سابقا أن فصل الخصومه بالتنصیف یکون فی کل مورد أمکن فیه ذلک، قال فی المسالک ان العباره توهم اختصاص الحکم بما یقبل القسمه لکنه تجوز بها فی إمکان الشرکه، و لو عبر بها کان أولی» و من هنا قال فی الجواهر مازجا بالمتن: فی موضع یمکن فرضها بإمکان الاشتراک فیه و ان لم یقسم فعلا کالعبد و الأمه دون ما یمتنع لامتناع الشرکه فیه.

و کیف کان فقد ذکرنا سابقا انه فی کل موضع لم یمکن التنصیف-کما إذا کان مورد التداعی هو الزوجه-فالحکم هو القرعه، و یدل علیه مرسل داود بن ابی یزید العطار عن الصادق علیه السّلام: «فی رجل کانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا انها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا قال: یقرع بین الشهود فمن خرج اسمه فهو المحقق و هو اولی بها» (1)و عمل الأصحاب به جابر لضعفه، و لم یذکر الامام علیه السّلام فیه الیمین، فیقید-کما تقدم- بما دل علی ان من خرج اسمه بالقرعه فعلیه الیمین، مثل خبر الحلبی الذی یعم الأموال و غیرها، لکن فی المسالک انه لا فائده فی الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نکوله و هو منفی هنا، و أجاب فی الجواهر بقوله: «و فیه: انه لا مانع منه، و انما المنفی التنصیف بینهما علی تقدیر النکول منهما، بل یتجه فیه انتفاؤها عنهما، نعم لا تعرض فی الخبر للیمین، و لا ینافی إطلاق ثبوتها فی غیره، خصوصا بعد ما عرفت ان القرعه لإثبات الرجحان الذی یتبعه الیمین علی حسب الترجیح بالأعدلیه و الأکثریه، .»

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۱۸۴

قلت: و ما ذکره تام الا قوله: «بل یتجه فیه انتفاؤها عنهما» الظاهر فی أنه مع نکولهما عن الیمین یتجه نفی کونها زوجه لهما. فانا نقول بان مقتضی البینتین تحقق العلم الإجمالی بکونها لأحدهما و ان لم یحصل العلم الإجمالی بکونها بینهما فلا ریب فی إفادتهما نفی کونها لثالث، فلا یجوز تزویجها من ثالث، فلا مناص حینئذ -أی فی صوره نکولهما-عن القرعه مره ثانیه، فیکون من خرج اسمه أولی بها بلا یمین.

قال فی الجواهر: «و مما ذکرنا یظهر لک النظر فی کلام الفاضل حیث قال:

«فصل فی أسباب الترجیح لحجه علی اخری، و هی ثلاثه: الأول قوه الحجه کالشاهدین و الشاهد و المرأتین علی الشاهد و الیمین، و لو اقترنت الید بالحجه الضعیفه احتمل تقدیمها و التعادل» و وجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد و الیمین تحت النصوص فلا یتحقق التعارض، و الترجیح فرع التعارض کما هو واضح.

هل الید من المرجحات؟

ثم ذکر العلامه السبب الثانی من أسباب ترجیح احدی البینتین علی الأخری بقوله: «الثانی الید، فتقدم بینه الداخل علی الخارج علی رأی، و الأقوی العکس» أی: فتکون الید سببا لتقدم بینه الداخل علی بینه الخارج علی رأی بعض الأصحاب القائلین بحجیه بینه ذی الید، و اختار قده العکس و هو تقدیم بینه الخارج فلا تکون الید مرجحه، لما تقدم من عدم حجیه بینه ذی الید لقوله صلّی اللّه علیه و آله «البینه علی المدعی و الیمین علی أنکر» فلا تسمع بینته حتی تکون یده مرجحه لها.

ثم ذکر قدس سره هنا فروعا، فقال:

«الا أن یقیمها بعد بینه الخارج علی اشکال، فلو ادعی عینا فی ید غیره فأقام بینه فأخذها منه ثم أقام الذی کانت فی یده أنها له نقض الحکم و أعیدت الیه علی اشکال» قال کاشف اللثام: «من انقلاب الداخل خارجا و العکس بإقامه الخارج البینه

بالحكم فيها، و هو اختيار الشيخ و لكن بناء على تقديم بينه الداخل لانكشاف بينته لذى اليد. و من اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه و تقديمها، و اليد الطاريه لإقامه البينه لا دلاله لها على شىء و هو الأقوى» و تبعه صاحب الجواهر حيث قال: «و فيه أيضا ما لا يخفى، ضروره اقتضاء ذلک التسلسل المنافى لحکمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض انها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا» . لکن فى کشف اللثام «نعم لو رافع الى حاکم لا يعلم بالحال فلا إشکال فى الإعاده إليه» ثم قال العلامه: «و لو أراد ذو اليد إقامه البينه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالأقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى إثبات ملکيته و ثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاکم غرض مقصود، فربما احتاج الى الإثبات فى المستقبل و لا يمکنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلک.

و ذکر شراح القواعد للعدم وجهين أحدهما: انه لا بينه الأعلى خصم، و الأخر:

ان الملک ثابت له بدون البينه بمجرد اليد و التصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبينه، و تحصيل الحاصل محال.

و قد أجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائده عقلائيه، و لا مانع من اقامه البينه مع عدم الخصومه الفعليه حيث يحتمل تحققها فى المستقبل و عدم تمکنه من إثبات دعواه حينذاک بسبب من الأسباب.

قلت: و الأقرب هو الجواز، و الفرع يبتنى على القول بحجيه بينه الداخل کما لا يخفى.

ثم قال العلامه: «و لو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» .

أقول: و هذا أيضا مبنى على حجيه بينه ذى اليد کما ذکرنا.

ثم قال: «و لو أقام بعد ازاله يده بينه الخارج و ادعى ملکا سابقا ففى التقديم

بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال» .

فى كشف اللثام: «من سبق يده و أنه الداخل و البينه تشهد له بالملك المستند الى ذلك الزمان. و من كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل ازاله اليد فهى بينه الداخل» .

و فيه كما فى الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج. نعم إذا كانت بينه الداخل حجه و تقدم على بينه الخارج فالظاهر التقديم، لان بيّنته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه و أزيلت يده عنها ظلما.

ثم قال العلامه: «و إذا قدمنا بينه الداخل فالأقرب انه يحتاج الى اليمين» .

قال فى الجواهر: كأنه مناف لما ذكره سابقا من إسقاطها اليمين، اللهم الا ان يفرق بين معارضه البينه و بين معارضه مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى.

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامه-بشرح الفاضل الهندى-: «و إذا قامت البينه على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل ازاله اليد و توفيه الدين. و ان كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعا من غير ظهور معارض، و ليس له المطالبه بكفيل للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد. و ربما احتمل العدم و التأجيل ثلاثه أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود» و لكنه واضح الضعف.

قال: «و لو طلب الإحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينه» فإن حلف ذاك استوفى العين و ان نكل أبقيت فى يد هذا.

ثم قال العلامه: «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» لكونها إنكارا

ص:۱۶۲

بعـد الإقرار، فإن ادعى بعد ذلک شـرائها مثلا منه سـمعت هذه الدعوی لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البینه حکم له و الا حلف الطرف الأخر و أبقیت فی یده.

أمـا لو ثبت کون العین لغیره لاـ بـاعترافه بـل ببینه ذاک أو حلفه سـمعت دعواه کونهـا ملکـا له، للفرق بین ثبوت الملـک للآـخر بالإقرار و الثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدم الملک أولی؟

قال المحقق قدس سره: «و الشهاده بقدم الملک أولی من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد إحداهما بالملک فی الحال و الأخری بقدیمه، أو إحداهما بالقدیم و الأخری بالأقدم، فالترجیح لجانب الأقدم» .

أقول: إذا تعارضت البینتان فی الملک و لکن اختصت إحـداهما بزیاده التاریخ، بأن قالت إحداهما بأن هذه العین لزید فی الحال و قالت الأخری هی لعمرو منـذ سـنه، أو قالت تلک هی لزیـد منـذ سـنه و قالت هذه هی لعمرو منذ سـنتین، فهل زیاده التاریخ و الشـهاده بقـدم الملک یوجب الأولویه و الترجیح لبینه عمرو أو لا؟ ذهب المحقق إلی الأول، و جعل العلامه فی القواعد اشـتمال احـدی البینتین علی زیاده کزیاده التاریـخ من أسـباب ترجیـح البینه، و فی الجواهر نسـبه هـذا القول الی الشـیخ و ابنی إدریس و حمزه، بل فی المسالک نسبته الی المشهور.

و وجه تقدیم متقدمه التاریخ هو أن تلک البینه تثبت الملک لعمرو فی وقت لا تعارضـها البینه الأخری فیه و هو السـنه الاولی فی المثال و انما تعارضـها فیما بعدها فتتساقطان فی محل التعارض و یثبت الملک لعمرو فی السنه الأولی بلا معارض-و لهذا کان له المطالبه بالنماء فی ذلک الزمان-و الأصل فی الثابت دوامه.

قال فی الجواهر: و لم أجـد فی شـیء من النصوص اشاره الیه الاّ ما فی صـحیح ابن سـنان عن الصادق علیه السّـلام عن علی علیه السّلام: «و کان إذا اختصم الیه الخصمان فی جاریه فزعم أحدهما انه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فکانا إذا أقاما البینه

عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان المدعى فى يد ثالث، و سيصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله: «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

و كيف كان فلا يمكن المساعده على ما ذهب اليه المشهور، فان لم تقدم المتأخره التاريخ تتعارضان و تتساقطان، و يكون المرجع هو الأصل، و مقتضاه كون العين لزيد.

و لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قيل: تساوتا لاحتمال الإطلاق هذا التاريخ و غيره زائدا أو ناقصا فلا زياده فى إحداهما على الأخرى إلا بالتعرض للتاريخ، و هو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

و فيه ان المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه. أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا، اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه و هو الملك فى الحال فيبقى غيره مستصحبا.

و لو شهدت إحداهما بسبب الملك كالشراء مثلا فقيل: تقدم على المطلقه قال فى الجواهر: و قد مر فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

و فيه كما فى الجواهر أيضا انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السّلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخا فمن هذه الجهه حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينه عليها. و لعله من هنا قال: يؤيده فى الجمله.

هذا كله فيما إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

و اما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخل أسبق تاريخا-قال فى المسالك فهو المقدم لا محاله، و عن الخلاف نفى الخلاف فيه، و ذلك لإجماع مرجحين فيه و هما اليد و زياده التاريخ.

لكن فى القواعد: و لو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به و كون الآخر خارجا، قال فى كشف اللثام: فيحتمل التساوى لاشتمال كل على مرجح، و تقديم الخارج لعموم دليله و هو الأقوى، و العكس كما فى المبسوط و الخلاف و نفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه و لعموم دليله.

و يضعف بان دليله ان تم نزلت بينه الخارج منزله العدم و لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بيّنه الخارج لا عبره ببينه الداخل أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى.

و فى الجواهر: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم انما هو لمعارضه بينه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه.

أقول: انه فى صوره وجود البينه للخارج دون الداخل فلا ريب فى انه يحكم له كما هو واضح، و ان لم يكن له بينه حلف ذو اليد، و ان كان لكليهما بينه -و المفروض حجيه بينه ذى اليد أخذا بعموم دليل حجيه البينه-فلا وجه للقول بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخل غير مسموعه مطلقا كما تقدم و يأتى.

و ان كانت بينه الخارج أسبق تاريخا ففى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخل كذلك مدعيا عليه الإجماع و الاخبار، و لعله لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا فى يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام: يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لان بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه.

و فى المسالك ذكر ثلاثه أوجه أحدها: ترجيح اليد، لان البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتتساقطان فيه و يبقى من احد الطرفين اليد و من الآخر إثبات

الملک السابق، و الید أقوی من الشهاده علی الملک السابق و لهذا لا یزال بها.

و الثانی: ترجیح السبق، لان مع إحداهما ترجیحا من جهه البینه و مع الأخری ترجیحا من جهه الید، و البینه تتقدم علی الید، فکذلک الترجیح من جهتها مقدم علی الترجیح من جهه الید.

و الثالث: انهما متساویان لتعارض البینتین.

أقول: ان کان للداخل بینه و هی مسموعه فعلی هذا المبنی تتقدم بینته فی هذه الصوره کالصوره السابقه، و أما علی المختار من أنه لا بینه للداخل لتخصیص قوله صلّی اللّه علیه و آله: «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» لعموم أدله الشهاده فلا ریب فی تقدّم بینه الخارج، لان بینه ذی الید غیر مسموعه و یده لا تصلح لمعارضه بینه الخارج.

هذا و فی المسالک: اعلم ان إطلاق عباره المصنف یقتضی عدم اشتراط اضافه البینه بالملک القدیم و التعرض لذلک فی الحال، و هو أحد الوجهین فی المسأله، لأن الملک إذا ثبت سابقا فالأصل فیه الدوام و الاستمرار، فلا یفتقر الی التصریح باستمراره.

و الثانی و هو المشهور: ان الشهاده بالملک التقدیم لا تسمع حتی یقول: و هو فی ملکه فی الحال. و لا أعلم له مزیلا. حتی لو قال: لا ادری زال أم لا. لم یقبل، لان ثبوت الملک سابقا ان اقتضی بقاه فید المدعی علیه و تصرّفه یدل علی الانتقال الیه، فلا یحصل ظن الملک فی الحال، و لان دعوی الملک السابق لا تسمع، فکذلک البینه علیه. و عللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا ادری زال أم لا مع أن مؤدّاها قریب من قوله لا علم له مزیلا: بأن الأولی تقتضی ترددا و ریبه، فهی بعیده عن أداء الشهاده.

و فیه نظر: لان الجزم الواقع فی الشهاده بالصیغتین الأولیین انما استند الی استصحاب الملک و ظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافی، و الا فالتعبیر بالاستمرار لا یتفق،

لأن الأسـباب الموجبه لانتقال الملك عن المشـهود له لا يمكن القطع بعدمها و ان صـحبه الشاهد ليلا و نهارا، فان منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع نفسه، و الاستناد الى الاستصحاب و ظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا ادرى زال أم لا كما يتأدى بقوله:

و هو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا جاز له استصحاب البقاء و الحكم به فى الحال، و كون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيز المنع.

و من ثم ذهب بعضـهم الى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

و الحق: ان إطلاق الشـهاده بالملك القـديم لا يسـمع لعـدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و ان كان الشاهـد يعلم بذلك، بل لا بد من اضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال و ذلك يتحقق بهذه الصـيغ و ان كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى.»

حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم و الشهاده:

أقول: هنا فروع متعـدده، فمنها انه: هل للحاكم أن يحكم بالاسـتناد الى الاستصـحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقا ثم لما ادعاها عمر يشك فيستصـحب بقائها على ملك زيـد؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصـحابه، لأن استصـحابه يقوم مقام علمه.

و منها: انه هل للشاهد أن يشـهد مسـتندا الى الاستصـحاب؟ و إذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته الا الاستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ و هل يعتبر ذلك شهاده؟ و منها: انه لو قال أشـهد بكونها ملكا لزيد أمس. ثم سكت بالنسبه إلى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذا بالاستصحاب؟ قال فى الجواهر: لا مدرك للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفا

فلا حكم للمشكوك فيها فضلا عن غيرها، و لا ريب فى عدم صدق الشهاده بالملك فى الحال بمجرد الشهاده على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل و مع قوله: لا اعلم له مزيلا فضلا عن قول: لا ادرى زال أم لا.

و جواز الشهاده بالاستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و انما المعلوم كونها شهاده عرفا، قوله هو ملكه فى الحال، و لعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإراده تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلا نحو القول ان هذا الأمر قطعى لا اعلم فيه مخالفا. ففى الحقيقه هو شهاده على عدوان اليد المارضه.

قلت: قد يقال: صحيح ان الحاكم لا يحكم فى هذه الحاله بالملكيه الفعليه للمشهود له استنادا الى هذه الشهاده، الا انه لما شهد الشاهد بالملكيه السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهاده فإذا شك الحاكم نفسه فى زوال تلك الملكيه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا فى صوره عدم كونها فى يد عمرو، لان يده حينئذ مقدمه على الاستصحاب المذكور و لذا قيل ان للحاكم الحكم استنادا الى الاستصحاب فى صوره عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الأدلاء بالشهاده له بالملكيه له ظهور عرفى فى الشهاده على الملكيه الفعليه و ان لم يضم إليه ضميمه، و الا فما الداعى للشاهد على الشهاده على الملكيه السابقه مع أن النزاع حول الملكيه فى الحال؟ فإذا كان الملاك الصدق العرفى فالظاهر تحققه، و لعل هذا وجه إطلاق المحقق قدس سره.

و هنا فرع آخر تعرض له المصنف فى المسأله الخامسه.

قال فى الجواهر: و ما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشهاده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها ما يقع بين المالك و بين نفسه من دون اطلاع احد، و حينئذ فما دل على الأخذ

بشـهاده العدلين من قوله صلّى اللّه عليه و آله: البينه على المدعى شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هى الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم-لم أتحققه.

فإن تم كان هو الحجه و الا فالمسأله محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم.

نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران (۱)لمشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين فلاحظ.

هذا كله فى الشهاده بالملك.

الشهاده بالإقرار

و أما لو شـهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعـد: «ثبت الإقرار و استصـحب موجبه و ان لم يتعرض الشاهـد للملك الحالى» . و فى كشف اللثـام: «كمـا إذا سـمعنا نحن منه الإـقرار حكمنـا بالملك للمقر له الى ظهور المزيل، و الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و ثبوته بالبينه ظاهر» .

ص:۱۷۰

و فیه نظر-کما فی الجواهر-فلو أخذت العین من زید بإقراره أمس ثم وجدت بیده الیوم أشکل رفع یده هذه بذاک الإقرار، لأن الید الفعلیه تعارض إقرار الأمس و ان سقطت یده أمس بالإقرار اللاحق لها لکشفه عن کونها ید عدوان مثلا.

کما ان الید الفعلیه هذه لا تسقط بالبینه السابقه علیها التی رفعت یده بها عن العین.

تقدم الشهاده بالملک علی الشهاده بالید

قال المحقق قدس سره: «و کذا الشهاده بالملک أولی من الشهاده بالید لأنها محتمله» .

أقول: أی ان الشهاده بالید محتمله للملک و غیره، فتکون الشهاده بالملک نصا فی الملک و الشهاده بالید ظاهره فی الملک، و النص متقدم علی الظاهر عقلا-و نقلا-لا-یقال: لا یوجد عندنا نص فی خصوص تقدم النص علی الظاهر، إذ لیس من المراد ذلک، بل المراد أن قوله صلّی اللّه علیه و آله «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» و «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» صریحان فی أن البینه حجه علی الملکیه سواء وجدت ید أولا.

تقدم الشهاده بسبب الملک علی الشهاده بالتصرف

قال المحقق: «و کذا الشهاده بسبب الملک أولی من الشهاده بالتصرف» أقول: أی لأن التصرف کما یکون عن ملک کذلک یکون عن وکاله و نحوها و حینئذ تکون الشهاده بسبب الملک کالشراء مثلا متقدمه علی الشهاده بالتصرف من باب تقدم النص علی الظاهر، فان ذلک قاعده جاریه فی کلام الشخص الواحد و الشخصین اللذین هما بحکم الواحد.

هذا فیما إذا شهدتا بالنسبه إلی زمان واحد. و اما لو قامت الشهاده علی الید الفعلیه و الشهاده علی الملک السابق فسیأتی الکلام فیه.

هذا و فی المسالک: «و لا فرق علی هذا التقدیر بین تقدیم تاریخ شهاده الید

-بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بينه الملك بتأريخ متأخر، أو بأنه يملكه فى الحال-و تأخيره، لاشتراك الجميع فى المقتضى و هو احتمال اليد بخلاف الملك. و فى هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه» .

قال فى الجواهر، و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عما نحن فيه و هو ما عرفت من اراده بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد.

ص:۱۷۲

(المسأله الثالثه)

اشاره

(إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه: هو لفلان)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه حاضرا كان المقر له أو غائبا» .

أقول: إذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له، فتاره يقول المدعى عليه:

هو لي، و تاره يقربه لمعين فيقول: هو لفلان، و ثالثه يقربه لمجهول فيقول: ليس لي و لكن لا أسمى مالكه أو لا أعرفه.

و لو أقرّ به لمعين فتاره هو ممّن يمكن المخاصمه معه و تاره لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلا، و تاره يكون حاضرا و تاره يكون غائبا.

فإن أقر بالشيء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه و توجهت الى المالك سواء كان حاضرا أو غائبا، و ليس له أن يحلف ذا اليد إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

و هل أن قوله: هو لفلان يدخل الشيء في ملك فلان المقر له أو يخرجه عن ملك ذي اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثاني يكفي للمدعي إثبات كون المال له، و على الأول يحكم الحاكم بكونه المقر له، و على المدعي المرافعه معه فيكون المقر له هو المدعى عليه، و هل للمدعي إحلاف ذي اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا؟ فيه قولان كما سيأتي.

و لكن إذا كانت في يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعي

البينه لدى الحاكم على كونها له لا ـ للمقر له، فيأخذها الحاكم و يدفعها إليه؟ لأنه ان كان المقر له حاضرا أو يمكن حضوره فالبينه مؤثره كما هو واضح، و ان كان غائبا حكم للمدعى ثم الغائب على حجته. نعم لا يمكن إقامه البينه بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لا يمكن له اليمين فى مال المقر له، الا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البينه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

و أما إذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فأما هى باقيه بيد المقر له و امّا هى تالفه، و هل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فان لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، و هذه عبارته: «و ان قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد» و عليه العلامه فى القواعد، و قد نسب الى الشيخ فى أحد قوليه، و فى المسالك:

يجوز ان كانت تالفه، أى فان كانت العين باقيه أمر باستردادها. و أما إذا لم يمتنع و حلف على نفى العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: «و قال الشيخ: لا يحلف و لا يغرم لو نكل. و الأقرب أنه يغرم، لانه حال بين المالك و بين ماله بإقراره لغيره» .

و وجه قول الشيخ هو ان الامتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجه للضمان.

قلت: و التحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفى العلم متوقف على توفّر ثلاث مقدمات إحداها: ان يكون الإقرار لغيره بمنزله الإتلاف للمال. و الثانيه: أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدعى. و الثالثه ان يكون العلم بكون العين للمدعى جزءا لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، و اما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافيه فى ثبوت الضمان فلا أثر لليمين على نفى العلم.

هذا و فی المسالک: «إذا ادعی شیئا علی انسان فقال المدعی علیه: انه لیس لی فاما أن یقتصر علیه أو یضیفه الی مجهول أو الی معلوم. فان اقتصر علیه أو اضافه الی مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسمیه ففی انصراف الخصومه عنه و انتزاع المال من یده وجهان أصحهما و هو الذی لم یذکره المصنف انها لا تنصرف و لا ینتزع المال من یده، لان الظاهر ان ما فی یده ملکه و ما صدر عنه لیس بمزیل، و لم یظهر لغیره استحقاقا، و علی هذا فإن أقر بعد ذلک لمعیّن قبل و انصرفت الخصومه الی ذلک المعین و الا فیقیم المدعی البینه علیه أو یحلفه» .

قلت: و لا یخفی ما فیه، لان قوله: «لیس لی» یزیل ملکیته یقینا لأنه إقرار، و هذا الإقرار یسقط یده عن کونها اماره للملکیه، نعم لا ملازمه بین إزاله الملکیه للمال و ازاله الملکیه للید، فتکون یده مثل ید الوکیل و الأمین و المستعیر و المستأجر، لأن إقراره یزیل الملکیه للعین و لا یفید کون یده عدوانیه، بل تبقی علی حجیتها، و علی ما ذکرنا تنصرف الدعوی عنه، إذ لو أراد الحلف حینئذ کان فی ملک غیره، و اما بناء علی ما ذکره من عدم صدور ما یزیل الملکیه منه فیجوز المرافعه معه، و علی ما ذکرنا من عدم الملازمه المذکوره یترتب الأثر علی إقراره فیما لو أقر بعد ذلک لشخص معین.

قال: «و الوجه الثانی انها تنصرف عنه بذلک و لأنها تبرء من المدعی علیه، و ینتزع الحاکم المال من یده، فإن اقام المدعی بینه علی الاستحقاق فذاک و إلا حفظه الی أن یظهر مالکه» .

قلت: و هذا صحیح فی صوره تمامیه الملازمه المذکوره مع احتمال کون یده علیها مشروعه فیأخذها الحاکم بعنوان النهی عن المنکر.

فظهر أن الصحیح هو إبقاء العین فی ید المدعی علیه، فان قلنا بأن اقامه البینه لا تتوقف علی تمکن المدعی علیه من الیمین فتسمع و یعطاها و الا أبقیت فی یده.

و ان قال: «هی لقطه» فله أن یدفعها الی الحاکم لانه مال مجهول مالکه فیرجع الیه

و له أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى المسالك: انه «ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمته و تحليفه. و الثانى من لا يمتنع مخاصمته و لا تحليفه كما إذا اضافه الى شخص معين، فهو اما حاضر و اما غائب، فإن كان حاضرا روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومه اليه و ان كذبه ففيه أوجه. و ان أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضا.» و سيأتى التعرض لكل ذلك. ثم قال:

«و حيث ينصرف الخصومه عنه و طلب المدعى إحلافه انه لا يعلم ان العين له ففى إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره هل يغرم القيمه؟ فيه قولان مذكوران فى محله. فان قلنا: نعم و هو الأظهر فله إحلافه، فلعله يقر فيغرمه القيمه.

و ان قلنا: لا- و هو أحد قولى الشيخ، فان قلنا: النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لانه و ان أقر و نكل و حلف المدعى لا يستفيد شيئا، و ان قلنا كالبينه فله التحليف، لانه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمه» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين-أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» وجه التأمل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهته انه لا يرى كون النكول و رد اليمين كإقرار بل كالبينه. و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول و رد اليمين بمنزله الإقرار و القول بكونهما بمنزله البينه.

حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشىء:

قال المحقق قدس سره: «و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت

عن ملک المقر و لم تدخل فی ملک المقر له، و لو أقام المدعی بینه قضی له» .

أقول: و حاصل ذلک سقوط ید المدعی علیه المقر مطلقا، أی فلا تکون أماره علی الملک و لا تکون کالید الأمانیه مثلا، فکأنها ید عدوانیه فینتزعها الحاکم منه و یحفظها. و هذا احد الوجوه الثلاثه التی ذکرها الشهید الثانی فی المسالک فی هذه المسأله.

و الثانی: و هو المنقول عن التحریر: انها تترک فی ید المدعی علیه المقر، إذ لا منازع له الی قیام حجه، لانه أقر للثالث و بطل إقراره فکأنه لم یقر. قال فی الجواهر: و فیه ان بطلانه بالنسبه إلی تملک المقر له لا بالنسبه إلی نفیها عنه کما هو واضح.

و الثالث: و هو المنقول عن القواعد: انها تسلم الی المدعی، لخروجها عن ملک المقر له بإنکاره و لا منازع فیها للمدعی، قلت: و هذا هو الأقرب، و اما قول صاحب الجواهر: «و هو بعید لکونها فی ید» ففیه: انه أی ید یرید، اما ید المقر فقد زالت بإقراره، و اما ید المقر له فمنتفیه بإنکاره، و اما ید الحاکم فهی لأجل حفظها حتی یظهر صاحبها و قد ظهر، فیدفعها الی المدعی و لا حاجه الی البینه و لا الیمین کما فی القواعد.

و ان رجع المقر له عن إنکاره و صدق المقر فی کون الشیء له فعن التذکره أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنکاره، لزوال حکمه بالتصدیق الطاری فتعارضا و بقی الإقرار سالما عن المعارض، لکن فی الجواهر منع زوال حکم الإنکار بالتصدیق، فلا أثر للتصدیق الطاری، و حینئذ یحکم بأحد الوجوه الثلاثه المذکوره و قد عرفت المختار منها، قال: و من هنا لو رجع ذو الید فقال: غلطت بل هو لی لم یقبل منه.

لو کان المقر له غائبا

هذا کله فیما إذا کان المقر له حاضرا. قال فی الجواهر ثم الحکم فی المقر له

الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامه البينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاه شروطه السابقه، كما له أيضا إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور و أحد قولى الشيخ.

فان نكل عن اليمين على نفى العلم، فان لم يقر و لم يرد اليمين أحلف المدعى، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد: الأقرب الثانى.

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد و دفعت اليه ثم أقر بكونها لعمرو فيغرم له بدل الحيلوله، و لا يبعد أن يكون الحكم كذلك أن أثبت المدعى الحق بالبينه، و لو استرجع العين من الغائب و دفعها الى المدعى وجب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلوله.

و حيث يدعى كونها لغائب فإن ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الإجاره، و ان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الإجازه و أبقيت العين بيده.

و لو أقام البينه على الإجاره فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟ فى القواعد: اشكال. قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الأخر من بينه الخارج أيضا لكونه مقرا بعدم كونها له فيتساقطان، و يحتمل أن يكون نفسه ذائد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، و على القول بتقدم بينه ذى اليد لحجيتها و تأيدها باليد قدمت، و هذا وجه توقف العلامه، لكن فى الجواهر الأقرب انهما معا خارجان، قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده بينه الخارج بعيد جدا.

و ان لم يكن مدعيا للإجاره مثلا فهل له إقامه البينه كذلك أو لا لكونه أجنبيا؟ قال العلامه: يمكن أن يكون طرفا للخصوصه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له،

فيحلّفه على نفى العلم، فله ان يقيم البينه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين و ان كانت البينه تشهد بكون ملك العين للمقر له. و اختار فى الجواهر عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينه كون العين للمقر له فلا مجال لليمين على نفى العلم، و أيضا لما كان ملك المقر له ثابتا بالبينه فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامه، -لأنه بناء على حجيه بينه الداخل- ان لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفى العلم، و ان كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقر له لتؤثر فى سقوط اليمين عنه، اللهم الا ان لا يكون هذا الأثر مجوزا له لإقامه البينه على ملك المقر له، إذ لا معنى لان يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم يبقى الإشكال فى انه لا ملازمه بين ثبوت ملك الأخر و عدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينه و إعطاء العين للمقر له فيحلفه على نفى العلم و يكون أثره انه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته

و لو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته و تحليفه، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا، أو هى ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولى الموقوفه؟ ان كان للمدعى بينه أقامها و حكم له و الا فلا يحلف الولى و المتولى إذ لا أثر ليمينهما، اذن لا يغنى فى هذا الفرع إلا البينه.

و أما اليمين على نفى العلم فالحكم كما تقدم، فان حلف فهو و إلا غرم، و كيف كان فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه، و فى المسالك: و إذا قضى له الحاكم بالبينه و كان الإقرار لطفل كتب الحاكم صوره الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، لكن فى الجواهر: «قلت قد يقال: بعدم الحجه له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل» قلت: وجه التأمل: ان الوكيل عمله عمل الموكل، أى ان الموكل يقيمه مقامه و ينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا

قضـى على وكيله قبـل، و ليس عمـل الولى عمـل الصـغير، بـل قيام الولى بالأمور المتعلقه بالصـغير حكـم الهى. كما جعل الولايه للحـاكم بالنسـبه إلى الغائب حيث يحكم عليه بعـد تماميه مقـدماته و يكون الغائب على حجته إذا حضـر، فالصـغير مثله فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صوره.

لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق: «اما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومه و الزم البيان» .

أقول: لو أقر بهـا لمجهول أخـذ الحـاكم العين من المقر من بـاب الولايه، فـإن كـان للمـدعى بينه أعطاهـا إياه و الا بقيت فى يد الحـاكم، و هـل يلزم البيـان؟ قال به المحقق، و فى الجواهر: «لا لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عين المقر له فى المره الثانيه مدعيا النسيان فى المره الاولى.

و لو قال المدعى للعين: هى وقف علىّ و أقربها من هى فى يده لاخر و صدّقه الأخر فقد عرفت انصـراف الخصومه عمن هى فى يـده الى المقر له، لكن هـل للمـدعى إحلاـف من كـانت بيـده على نفى العلم؟ فى المسالك وجهان. «من حيث ان المـدعى قد اعترف بالوقف و الوقف لا يتعارض عنه، و من انه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، و الحيلوله فى الحال كالإتلاف، و هذا أقوى» .

(المسأله الرابعه)

(لو وقع الاختلاف فی العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعی أنه آجره الدابه و ادعی آخر أنه أودعه إیاها تحقق التعارض مع قیام البینتین بالدعویین و عمل بالقرعه مع تساوی البینتین فی عدم الترجیح» .

أقول: انه و ان کان النزاع بین الرجلین حول العقد فی الظاهر فیدعی هذا بأنه قد آجره الدابه و یدعی ذاک بأنه أودعه مثلا إیاها، لکن النزاع فی الحقیقه هو فی الملک، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحیه علی دعوی کل واحد منهما، و بالنظر الی ذلک ذکر المحقق قدس سره هذه المسأله فی مسائل الاختلاف فی الاملاک (١).

و ما ذکره المحقق قدس سره هو أحد الصور الأربع المتصوره فی هذه المسأله.

و الصوره الثانیه: أن تکون العین بید شخص و هو یقر بأنها لیست ملکا له، غیر أنه ینازع المالک فیقول قد آجرنی إیاها و یقول المالک: قد أودعته إیاها.

أو یدعی المالک الإجاره و ذو الید العاریه. فإن کانت مستأجره ملک الشخص منفعتها

فی المده المعینه دون ما إذا کانت ودیعه، لکن یترتب علی کونها مستأجره لزوم دفع بدل الإیجار إلی المالک. و هذه الصوره من الاختلاف فی العقود و ان کان لهذا النزاع ثمره مالیه.

و الصوره الثالثه: ان یتنازع اثنان حول عین یقران بکونها لثالث فیقول أحدهما: قد آجرنی إیاها و یقول الآخر: قد استودعنی إیاها.

و الصوره الرابعه: أن یتنازعا فیقول أحدهما: أنها لزید و قد آجرنی إیاها و یقول الآخر: انها لعمرو قد استودعنی إیاها.

فالحکم فی الصوره الأولی التی ذکرها المحقق قدس سره هو ما ذکره من أنه ان کان لأحدهما بینه حکم له، و ان أقاماها معا فان ترجحت إحداهما علی الأخری بسبب من أسباب الترجیح-علی ما تقدم من الکلام علیها-حکم لها و الا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، و ان نکل حلف الآخر، فان نکلا فالحکم هو التنصیف للعین ان کانت قابله له، و الا فهما شریکان فیها علی النصف.

و فی الصوره الثانیه یتحقق التداعی بین المالک و المتصرّف، فان کان لأحدهما بینه حکم له، و ان کانت لکلیهما، فان ترجحت إحداهما علی الأخری فهو و الا تعارضتا و تساقطتا، و حینئذ تقسم منفعه العین بینهما نصفین و یقسم مال الإجاره بینهما کذلک.

و ربما یجعل المالک فی هذه الصوره ذا الید و بینه المتصرف خارجا فیبتنی الأمر علی حجیه بینه الداخل، فعلی القول بها تقدم بینه ذی الید-المالک-و علی القول الآخر تقدم بینه المتصرف، فلا تکون الصوره من قبیل التداعی حتی ینتهی الأمر إلی القرعه، و قد یحتمل کون المتصرف ذا ید لکونها بیده الآن و یبتنی الأمر علی تقدیم بینه الداخل و الخارج کذلک.

و هکذا یکون طریق فصل الخصومه فی الصورتین الباقیتین لأنهما من مصادیق التداعی کذلک.

ص:۱۸۲

(المسأله الخامسه)

(حکم ما لو کان شیء فی ید انسان و ادعی احد کونه له سابقا و أقام بینه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی دارا فی ید انسان و أقام بینه أنها کانت فی یده أمس أو منذ شهر، قیل: لا تسمع هذه البینه.

و کذا لو شهدت له بالملک أمس.

لأن ظاهر الید الآن الملک فلا تدفع بالمحتمل.

و فیه اشکال، و لعل الأقرب القبول» .

أقول: لو ادعی دارا مثلا فی ید انسان و أقام المدعی بینه أنها کانت فی یده أمس أو منذ شهر، أو کانت فی ملکه أمس مثلا، فهل تسمع البینه؟ قولان، و قد استدل للعدم بوجهین.

الأول: ان الید اماره علی الملکیه الفعلیه لصاحبها، و بینه المدعی تشهد بالید و الملک السابقین، و لا ریب فی تقدم الاماره الفعلیه علی الاماره القائمه علی الملکیه السابقه، و بعباره أخری: الید الفعلیه المشاهده بالعیان حیث نری العین فی هذه الید ظاهره فی الملکیه الفعلیه لصاحبها، و مقتضی الید السابقه هو احتمال الفعلیه لصاحبها، و لا یدفع الظهور المذکور بالمحتمل.

و أجیب بأن الید الفعلیه و ان کانت دلیل الملک الفعلی، لکن الید السابقه

المستصحبه و الملک السابق المستصحب أولی، لمشارکه تلک الید لهذه فی الدلاله علی الملکیه الفعلیه، و انفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فیکونان أرجح من هذه الید، الا أن تقوم الحجه الشرعیه علی انتقال العین الیه بطریق شرعی، نظیر ما إذا أقر بکون الشیء الذی بیده ملکا لزید أمس و ادعی کونه له الیوم، فإنه یجب علیه إقامه الحجه الشرعیه علی انتقاله الیه من زید، بطریق شرعی صحیح، و کذا لو أقر بکونه مدینا لزید بکذا من المال ثم ادعی أداء الدین مثلا کان علیه إقامه الحجه علی الأداء.

و فی المقام یکون حکم بینه المدعی حکم إقرار المدعی علیه، فیجب علی ذی الید المدعی علیه إثبات شرعیه یده علی العین، و الا تقدمت بینه المدعی بضمیمه الاستصحاب علی یده، فلیس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتی یقال بأنه لا یدفع المقطوع بالمحتمل.

و الثانی: انه ان کان مدعاه هو الملکیه أو الید أمس فلا تسمع، و ان کان الملکیه أو الید الیوم فإن شهاده بینته غیر مطابقه لدعواه، لأنها تشهد بالید و الملک أمس، و البینه غیر المطابقه للمدعی غیر مسموعه.

و أجیب بأن الحکم باستصحاب الید و الملک السابقین الی الیوم یوجب المطابقه بین الدعوی و الشهاده، فإن هذه الشهاده بضمیمه عدم العلم بالناقل الشرعی شهاده بالملکیه الفعلیّه و هی مسموعه.

و بالجمله: ان کانت الشهاده بملکیه أمس شهاده بملکیه الیوم فهو، و الا فإن الاستصحاب الموجود یفید بقاء مدلول الشهاده، و حینئذ یقع البحث فی تقدم هذا الاستصحاب علی الید أو معارضته لها، لأنه أصل و هی أماره، و قد یخدش فی الیقین السابق فیختل الاستصحاب، فأن یقال-کما عن کشف اللثام- بأنه البینه لیست کاشفه عن الواقع کالإقرار، فلیس مفادها هنا الملکیه الواقعیه حق تستصحب الی الیوم، لکنه کما تری، لأن البینه حجه شرعیه إذا، أقیمت بشرائطها

الغى احتمال الخلاف و أفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للاستصحاب متحققه، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت البينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليد و عدمه، و المختار هو الأول، و بيان ذلك: أنه و ان كانت اليد مقدمه على الاستصحاب فى موارد كثيره و لكن لا يوجد بأيدينا إطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال، بل ان اليد الفعليه المسبوقه بالأخرى المستصحبه-أو المسبوقه بالملك المستصحب- يد ضعيفه عند العقلاء لا تصلح لمقاومه هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقه بيد أخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الاعتبار و لا أقل من انهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح.

و بتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للمكيه السابقه التى أثبتها البينه بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له و الناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملكيه أمس كان لازمها الملكيه الفعليه لو لا الانتقال، و قد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه و متقدمه على يد المتصرف.

هذا و فى المستند: «لو تعارضت اليد الحاليه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه ففى تقدم الحاليه أو السابقه قولان، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط و الخلاف، و تبعه على الأول جماعه و لعلهم الأكثرون و منهم من المتأخرين الكفايه و المفاتيح و شرحه و بعض فضلائنا المعاصرين.

و على الثانى الشرائع و يظهر من الإرشاد الميل اليه. و يظهر من التحرير وجه ثالث و هو التساوى» ثم أورد أدله الأقوال ثم قال: «و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشىء منهما حكم، و لكن أصل اليد لا يعارضه شىء و هو باق بالمشاهده و العيان، و الأصل عدم التسلط على انتزاع العين

من يـده و لاـ على منعه من التصـرفات التى كـان له فيهـا حتى بيعها و إجارتها، إذ غايه الأمر عـدم دليل لنا على ملكيته و لكن لا دليـل على عـدم ملكيته أيضـا، و أصـاله عـدم الملكيه بالنسـبه اليه و الى غيره سواء مع ثبوت أصـل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصـل أيضا، مضافا الى إمكان حصول هـذه التصـرفات كلا أو بعضا بالتوكيل و الإجاره و الولايه و الاذن و غيرها، فيبقى أصاله عـدم التسـلط و أصاله جواز تصـرفاته خاليه عن المعارض، و الى هـذا يشـير كلام من قال ان احتمال كون اليـد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت اليه مع بقاء اليد على حالها، فان المقصود الأصـلى من اعمال اليد هو إبقاء تسلطها على ما فيها و عدم جواز منعها من التصـرفات كيف شـاء بسـبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، و ليس هـذا معنى الحكم بأنه ملك انتهى كلامه رفع مقامه.

فان قيل: كما ان الملكيه أو اليد السابقه يقتضـى استصـحاب الملكيه كذلك يقتضـى استصـحاب تسـلط المالك الأول و الحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضا و به يندفع أصاله عدم التسلط.

قلنـا: ليس تسـلط الأـول كـالملكيه التى إذا حـدثت يحكم لهـا بالاسـتمرار حتى يثبت المزيـل، بل هو مما يمكن تقييـده بقيـد، و المعلوم من التسـلط الاولى هو تسـلطه ما دام يحكم له بالملكيه و يعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أولا ليس الا ذلك المقيد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيه و العلم بها ينتفى القيد و يتغير الموضوع.

ثم انه كما ان نفس اليد المشاهده الحاليه و مقتضـياتها سوى الملكيه لا معارض لها فكذلك أيضا كون البينه على غير ذى اليد و كون من يـدعيه مطالبـا بـالبينه و ذى اليـد بـاليمين إذا لم يخرج خـارج اليـد عن صـدق المـدعى عرفـا و لاـ صاحبهـا عن المنكر كـذلك، فيـدل على كون وظيفه الأـول الـبينه و الثـانى اليمين قولهم: البينه على المـدعى و اليمين على من أنكر. و روايه فـدك المتقدمه.

فيكون البينه على الملك السابق و اليمين على ذى اليد و لا يمنع ذو اليد

ص:۱۸۶

من شیء من التصرفات، و لیس المطلوب من ترجیح الید الحالیه غیر ذلک أیضا.

مع انه یمکن جعل هذین الأمرین دلیلا برأسه علی الملکیه أیضا بالإجماع المرکب یسقط به الاستصحاب بالمره لعدم صلاحیته لمعارضه الدلیل مطلقا» .

و قد أورد السید فی العروه محصل هذا الکلام و اعترض علیه بوجوه:

الأول: انه فی بیان المعارضه عبر بقوله: ان اقتضاء الید للملکیه یعارض استصحاب الملکیه.

مع ان المعارضه بین نفس الید و الاستصحاب لکن من حیث حکمهما، لا بین حکم الید و نفس الاستصحاب، فلا وجه للتعبیر المذکور.

و الثانی: انه إذا سقط حکم الید فتکون کالعدم و حال ذیها و غیره سواء، فلو أراد المدعی ان یتصرف فیها لا یجوز لذی إلیه منعه، لأن الأصل عدم تسلّطه علی ذلک.

قلت: فیکون الحاصل انه لیس لکل منهما منع الآخر من التصرف، فتکون العین کالمباحات التی من سبق إلی شیء منها کان له. نعم لیس لثالث أخذها، و لهما منعه من ذلک.

و الثالث: بعد عدم الحکم للید و عدم کونها دلیلا علی الملکیه کیف یجوز للغیر ان یشتری منه أو یستأجر أو یقبل منه و نحو ذلک من التصرفات الموقوفه علی الملک؟ مع انه لیس وکیلا- و لا- ولیا و لا مأذونا من قبل المالک، لان المفروض انه یدعی الملکیه لا الوکاله أو الولایه أو نحوهما، فلا ینفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص فی جوازها له و لمن یشتری منه مثلا.

و الرابع ما ذکره من أن تسلط المالک السابق علی منع الغیر مقید ببقاء الید ممنوع، بل هو کالملکیه فی عدم التقید باستمرار الید.

و الخامس: لا نسلم صدق المنکر علیه بعد سقوط حکم یده.

قلت: لیس الشرط فی صدق «المدعی» عدم المعارض عند العرف، فالمدعی

عندهم من لو ترک ترک، و هذا صادق على صاحب البينه هنا، و «المنكر» صادق على ذى اليد.

و قال العلامه فى القواعد فى هذه المسأله: «و لو شهد انه كان فى يد المدعى بالأمس قبل و جعل المدعى صاحب يد.

و قيل: لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل» أى: ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لأكل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلا، و ذلک لان حجيه اليد-كما ذكرنا-مستنده الى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، و تشهد بذلک روايه حفص بن غياث (۱)، و العقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالک الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى.

فهذه عباره القواعد فى المسأله. و قد قال سابقا: «و لو شهدت البينه بأن الملک له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع، الا ان تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلا. و لو قال: اعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، اما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحب موجبه، و ان لم يتعرض الشاهد للملک الحالى. و لو قال المدعى عليه: كان ملكک بالأمس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس

اشتراه من المـدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه اسـتند الى تحقيق» قلت: الفرق المذكور بين البينه و الإقرار لا ريب فيه، و لكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعليه، فإنه لا بد من اجراء الاستصـحاب لإثباتها سواء كان اليقين السابق حاصـلا بالبينه التى هى عن تخمين أو بالإـقرار الـذى هو عن تحقيق، و إذا جرى الاستصـحاب لتماميه أركانه تقـدم على اليـد من دون فرق بين البينه و الإقرار.

و كـذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمـدعى أمس، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصـحاب و أخـذ العين من المـدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

و لعل السر فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدم من ان مبنى حجيه اليد هو السـيره العقلائيه و بنـاء أهـل العرف، و الحق ان كاشـفيه اليـد فى هـذه الحـاله التى قـام الاستصـحاب فى مقابلهـا ضـعيفه عرفا و الاستصحاب هو المحكم فدعوى المدعى مسموعه.

و فى المسالـك بعـد أن ذكر القولين و مختـار المحقق منهمـا و دليله قـال: «و قـد تقـدم البحث فيه، و الفرق بين هـذه و السـابقه الموجب لإعـاده البحث أن المعارضه فى هـذه بين اليـد المتحققه و السابقه الثابته بالبينه و الملك السابق كـذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البينتين الداله إحداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، و الأخرى على الملك السابق، فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليـد السابقه و الحاليه، و قـد تأكـد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه تقـديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الان أو عـدم المزيل أن اضافه ذلك غير شـرط، و الأصح اشتراط اضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» .

قلـت: ليس مـا ذكره وجـه الفرق بيـن المسـألتين، فهنـاك يتعرض كلتـا البينـتين للملكيه الفعليه و يتعارضـان فيتساقطـان و يكـون استصحاب الملكيه السابقه جاريا بلا معارض، و هنا اليد معارضه مع الاستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فی تلک المسأله، و تحقق التعارض بین الید و الاستصحاب فی هذه.

و اما الإقرار فلو أقر ذو الید بکون العین للمدعی أمس فإنه یطالب بإثبات شرعیه یده الفعلیه علیها، و أما إذا أخذت العین منه بإقراره و دفعت الی المدعی ثم وجدت فی الیوم التالی مثلا- بیده فلا یؤخذ بإقراره السابق، نعم لو شک فی صحه یده الآن استصحب عدم الناقل الشرعی.

قال المحقق قدس سره: «أما لو شهدت بینه المدعی ان صاحب الید غصب أو استأجره حکم بها لأنها شهدت بالملک و سبب ید الثانی» .

أقول: لو شهد الشاهدان علی ان ذا الید قد غصب العین أمس من زید فإنه مع الشک فی تبدل یده الیوم الی ید شرعیه یستصحب کونها عدوانیه فتسقط یده الفعلیه عن الاعتبار، لان الید التی لم یثبت شرعیتها لیست أماره للملکیه.

قال: «و لو قال: غصبنی إیاها و قال آخر بل أقر لی بها و أقاما البینه قضی للمغصوب منه و لم یضمن المقر، لأن الحیلوله لم تحصل بإقراره بل بالبینه» التی أقامها الأخر و ان کانت بزعم هذا ظالمه، و الحکم فی هذه المسأله واضح، و لا خلاف فیه علی ما فی الجواهر.

ص:۱۹۰

الكلام فی:الاختلاف فی العقود

اشاره

ص:۱۹۱

مقدمه:

تـاره یکون الاختلاف فی الأجره، و هو تاره فی أصل الأجره کأن یقول المؤجر: آجرتک الـدار بمأه دینار، فیقول المسـتأجر: بل بمأه درهم، و أخری فی قـدرها کأن یقول الموجر: آجرتک بمأه دینار فیقول المسـتأجر: بل بخمسـین و علی التقـدیرین: فاما أن یعـد ما البینه أو یجـداها أو یجـدها أحـدهما خاصه، فهـذه ست صور، و علی جمیع التقادیر فالاختلاف أما أن یکون بعد استیفاء المستأجر المده أو فی أثنائها أو ابتدائها فتکون الصور حینئذ ثمان عشره صوره.

و اخری یکون الاختلاف فی العین المستأجره، و هو تاره فی ذات العین کأن یقول الموجر: آجرتک هذه الدار، فیقول المستأجر: بل تلک الـدار، و اخری یکون فی العین من حیث الزیاده و النقیصه، کأن یقول الموجر: آجرتک هـذه الـدار الا هذا البیت منها، فیقول المستأجر: بل الدار کلها، و تنتهی الصور حینئذ إلی العدد المذکور فی الاختلاف فی الأجره.

و ثالثه یکون الاختلاف فی المده، و هو تاره فی زمانها زیاده و نقیصه، کأن یقول المؤجر: آجرتک الدار شهرا، فیقول المستأجر: بل أربعین یوما، و اخری فی ابتـدائها کأن یقول الموجر: آجرتک الـدار من أول شـهر شـعبان فیقول المسـتأجر بل من أول شـهر رمضان. و تنتهی الصور هنا أیضا الی العدد المذکور. إذا عرفت هذا فنقول:

ص:۱۹۳

حکم الاختلاف فی الأجره و لا بینه:

إذا اتفقا علی استیجار دار معینه شهرا معینا و اختلفا فی مقدار الأجره و قد عدما البینه، فالمشهور علی أن القول قول المستأجر بیمینه سواء کان الاختلاف بعد الاستیفاء أو فی أثنائه أو فی ابتدائه، بل عن التذکره، نسبه هذا القول إلی علمائنا.

و عن الشیخ فی المبسوط القول بالتحالف، و قد تبعه علیه بعض المتأخرین کما فی الجواهر و المسالک.

و وجه ما ذهب الیه المشهور هو: أن المستأجر منکر للزائد الذی یدعیه علیه الموجر مع اتفاقهما علی ثبوت ما یدع المستأجر، و إذ تحقق عنوان المدعی علی الموجر و المنکر علی المستأجر دخلا فی عموم الخبر (۱)فان حلف المستأجر کان القول قوله و سقطت دعوی الموجر، و ان نکل حکم للموجر علی قول:

و ردت الیمین علی المؤجر فإن حلف أخذ و ان نکل کذلک سقطت الدعوی علی قول آخر.

و وجه ما ذهب الیه الشیخ فی المبسوط هو: ان المورد لیس من مصادیق المدعی و المنکر، بل ان کلا منهما مدعی و مدعی علیه، لان ذاک یدعی وقوع العقد علی المأه و ینکر وقوعه علی الخمسین و هذا یدعی وقوعه علی الخمسین، و ینکر وقوعه علی المأه و العقد المتشخص بالمأه غیر العقد المتشخص بالخمسین، فقول کلیهما موافق للأصل، فتجب الیمین علی کلیهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن الیمین انفسخ العقد، و رجع المؤجر بأجره المثل (۲)للمنفعه المستوفاه

كلا-ان كان الاختلاف بعد استيفاء المده-أو بعضا ان كان فى أثنائها، و الا كما إذا كان فى ابتدائها فلا شيء للموجر، و قيل بل يحكم بتنصيف الزياده، و ان حلف أحدهما و امتنع الأخر ثبتت دعواه و سقطت دعوى الأخر.

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف، و قد ضعفه فى المسالك «بان العقد لا نزاع بينهما فيه و لا فى استحقاق العين المؤجره للمستأجر و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، و انما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر.

و لو كان ما ذكروه من التوجيه موجبا للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: لا بل خمسه، فان عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، و كما لو قال أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى عليّ، فقال: بل من خمسه، فان الصيغه المشتمله على إسقاط أحدهما غير الأخرى، و هكذا القول فى غيره، و هذا مما لا يقول به أحد.

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك: الدار شهرا بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك، اما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» .

قلت: و مثل الإبراء هو الأداء، فلو اختلفا فى المقدار الذى أداه المدين إلى الدائن زياده و نقيصه كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق

على قدر ثم يختلفان فى الزائد عن ذلک المقدار، و اما إذا لم يکن اتفاق منهما على قدر فهناک التحالف.

لکن المتجه عنـد صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الـدعوى، فان کان النزاع فى تشـخص العقد الذى هو سـبب اشـتغال الذمه فهناک التحالف إذا لا فرق فى مشـخصات العقـد بين زياده الثمن و نقصانه و بين غير هـذين الأمرين من المشـخصات و ان کان النزاع بينهما فى طلب الزائد من أحدهما و إنکاره من الأخر کان من قبيل المدعى و المنکر.

و بعباره أخرى: تاره يکون الاختلاف فى کيفيه وقوع العقد الموجب لاشـتغال الذمه، و اخرى يکون فى المقدار الذى اشتغلت به الذمه، ففى الأول -کما لو قال الموجر قد وقع العقد على المأه، و قال المستأجر على الخمسين- التحالف، و فى الثانى کما لو قال المؤجر: أجرتک الدار بمأه فقال المستأجر بل بخمسين-يکون الموجر مدعيا و المستأجر منکرا.

ثم انه فرق بين النزاع فى مـال الإجـاره و بين النزاع فى القرض و الإبراء و نحوهما، ففى القرض مثلا: ان أقرض المأه فقـد أقرض الخمسـين التى فى ضـمن المأه، لان قوله: أقرضـتک المأه ينحل الى الـدنانير بعـددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصـيغتها بعدد الـدنانير المفروضه بـدلا للايجار، نعم ينحل بنحو آخر فيکون معنى آجرتک الـدار بمأه: آجرتک نصف الدار بخمسـين و ربعها بخمسه و عشـرين دينارا. و هکذا. کما ان التحالف يتصور فى القرض لو اختلفا فى کيفيه وقوع صيغته، کما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه و قال الأخر على الخمسين لکن نتيجه الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار.

فان کان مورد النظر فى الـدعوى العقـد فالتـداعى و التحالف و ان کان مورد النظر المقـدار الـذى اشـتغلت به الـذمه فالمدعى و المنکر، و بذلک يمکن عود النزاع لفظيا کما اعترف به صاحب الجواهر.

ص:۱۹۶

قلت: و الاولى ان نجعل العرف المرجع فى تشخيص الدعوى، و الظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك-ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزياده و النقيصه سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره إلى الأثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدعيا و الأخر مدعى عليه، و ليس نظرهم إلى كيفيه صدور العقد و وقوعه، فيكون من قبيل المدعى و المنكر.

و بعباره اخرى: ان أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال و ما يتعلق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدعيا و من يريد دفع الضرر عن نفسه منكرا و أما النزاع فى كيفيه وقوع العقد فهو نزاع علمى و ليس للعرف فيه مجال.

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعيا عند العرف الذى أمر به صاحب الجواهر، و قد ذكرنا انه رحمه اللّه قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لو لا النص الخاص فيه.

و عن الشيخ فى المسأله قولان آخران:

أحدهما ما عن موضع من الخلاف و هو القول بالقرعه مع اليمين، قال فى الجواهر: و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر، لكن قد عرفت ان المرجع هو العرف و الأمر عند أهل العرف فيه واضح.

قال: و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معا بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم؟ وجه الأول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقا فى مسأله العين التى وقع النزاع عليها و ليس لأحدهما يد.

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، و لا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين و كونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل.

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع فى ابتداء المده فلا بأس و تكون النتيجه

انفساخ العقد، و أما مع استيفاء المده بعضا أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح.

قال فی الجواهر: و قد یقال مع الاستیفاء بوجوب دفع أقل الأمرین من أجره المثل المفروض کونها أقل مما یدعیه الموجر و من المسمی الذی یدعیه المستأجر علی الثانی.

قلت هذا غیر واضح، لانه قد یکون المسمی الذی یدعیه المستأجر أکثر من أجره المثل، فلا بد من أن یؤخذ بمقتضی إقراره.

قال: و یحتمل القرعه بلا یمین أقول: وجهه ما عرفت من اشکال الحال و اما عدم اشتراط الیمین فلخلو بعض أخبار القرعه عنه، لکن قد عرفت انه لا إشکال فی المقام بعد الرجوع الی العرف.

و الثانی: ما عن موضع من المبسوط، حیث فرق بین وقوع النزاع قبل انقضاء المده و بعده، و حکم بالتحالف فی الأول و تردد فی الثانی بین القرعه و بین تقدیم قول المستأجر.

قلت: و لعل منشأ التردد فی الصوره الثانیه بین القرعه التی قال بها فی الخلاف و التی عرفت وجهها و بین تقدیم قول المستأجر هو ما ذکرناه من نظر العرف، لکن قد عرفت انه مع ملاحظه نظر العرف لا یبقی إشکال فی تقدیم قول المستأجر مطلقا.

و مما ذکرنا یظهر الحکم فی کل اختلاف یرجع الی الزیاده و النقیصه و تحقق فیه نظر أهل العرف. هذا کله فیما إذا عدما البینه.

حكم الاختلاف فی الأجره مع البینه

قال المحقق قدس سره: «إذا اتفقا علی استیجار دار معینه شهرا معینا و اختلفا فی الأجره و أقام کل منهما بینه بما قدره، فان تقدم تأریخ إحداهما

عمل به لأن الثانى يكون باطلا، و ان كان التاريخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا فى المبسوط.

و قال آخر: يقضى ببينه المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما فى ذمه المستأجر فيكون القول قوله، و من كان القول قوله (۱)كانت البينه فى طرف المدعى، و حينئذ نقول: هو مدع زياده و قد أقام البينه عليها فيجب أن تثبت.

و فى القولين تردد» .

أقول: إذا كان لكل واحد من الموجر و المستأجر بينه بما يدعيه فتاره يتقدم تاريخ احدى البينتين للعقد و اخرى يكون التاريخ واحدا.

فان كان الأول كأن قالت إحداهما: قد وقع العقد فى شهر رمضان و قالت الأخرى: قد وقع فى شهر شوال عمل بالمتقدم و بطل المتأخر لأنه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين كما كان و هو باطل.

و ان كان الثانى-و هو اتحاد تاريخهما-أو كانت البينتان مطلقتين أو كانت إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه و ليس فى إحداهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقا تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و فى هذه الصوره قولان.

فالأول: هو القول بالقرعه مع اليمين، و هو للشيخ فى المبسوط، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان المؤجر أو المستأجر، للنصوص الصريحه الداله على ذلك (۲)، فان نكل الذى خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

حكم له، و ان نكل فالوجوه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم مع ما عرفت من الكلام فيها.

و الثانى: هو القضاء ببينه المؤجر و هو لابن إدريس و أكثر المتأخرين لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينه، و حيث أن البينه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر و هو الموجر، و الموجر يدعى انه قد آجر الدار بمأه و قد أقام البينه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناء على حجيه بينه الخارج دون الداخل كما هو المختار.

و اما بناء على حجيه بينه الداخل و الخارج معا فإنهما تتعارضان و تتساقطان فتعود الصوره كما لو عدماها.

ص:٢٠٠

حكم الاختلاف فى العين المستأجره و لا بينه.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتک بيتا منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، و قيل: القول قول الموجر، و الأول أشبه لأن كل واحد منهما مدع.» أقول: هذه صوره الاختلاف فى العين المستأجره، فتاره يختلفان فى ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتک هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال فى أن كلا منهما مبدع و الحكم فيه التحالف، و اخرى يختلفان فيها زياده، و نقيصه، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر. بل آجرتک بيتا منها، ففى هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدس سره: يقرع بينهما نحو ما تقدم فى المسأله السابقه أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر لان قوله موافق للأصل فعليه اليمين، فان حلف ثبت قوله و إلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قده فقد اختار هنا القول الأول و هو القرعه مع تردده فى المسأله السابقه قال «لان كل واحد منهما مدع» لكن تعليله يقتضى التحالف لا القرعه.

حكم الاختلاف فى العين المستأجره مع البينه.

هذا كله مع عدم وجود البينه للمستأجر المدعى، فان كان واجدا لها و أقامها حكم له.

قال المحقق قدس سره: «و لو أقام كل منهما بينه تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ» أو إطلاقها أو إطلاق إحداهما، و إذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عددا و عداله و التأريخ واحد تساقطا و كان المرجع القرعه، هذا بناء على حجيه بينه الداخل كالخارج، و أما بناء على المختار من عدم حجيه بينه الداخل فان بينه المستأجر هى المسموعه و يحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البينه.

و فى كشف اللثام: «و يحكم بالقرعه مع اليمين، فان نكلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته الى ان تمضى المده و يقتسمان الباقى نصفين و يسقط من الأجره بالنسبه. و كذا مع الاختلاف فى الزمان.» قلت: ان أراد كاشف اللثام تقسيم الباقى الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره ففيه: ان كلا من الموجر و المستأجر يدعى كون الباقى كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى المأه مثلا فى مقابل الدار كلها، و الموجر يدعى انه قد آجر البيت فقط بمأه فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئا، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقى، فإن استوفى منفعه النصف الآخر من الباقى كان عليه دفع ما يقابله، فإن أراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «ان المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلاـ أجره و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه بل لعله هنا أولى» .

و فى الدروس: «فان اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أقرع مع اليمين» الظاهر ان مراده من «اعملتا» أنا ان قلنا بحجيه بينه الخارج فقط كانت بينه المستأجر هى الحجه و لا تسمع بينه المؤجر لأنه الداخل، و ان قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، و ان قلنا بحجيه كلتيهما فقد «سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، و يأتى فيها الوجوه المذكوره هناك، و يحتمل وجه آخر و هو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البينتين.

قال المحقق: «و مع التفاوت يحكم للأقدم، لكن ان كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره» أقول: انه مع التفاوت فى التاريخ فان كان المتقدم تأريخ بينه الدار كلها بطلت اجاره البيت لما تقدم سابقا، و ان كان المتقدم تاريخ بينه البيت حكم بإجاره البيت

ص:٢٠٢

بالأجره المسماه و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار و صحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار غير أن المستأجر يدعى ان المأه اجره كل الدار و الموجر يدعى انها أجره البيت فقط المفروض كونه مساويا لنصف أجره الدار و كان المتقدم تاريخ بينه البيت يثبت على المستأجر مأه و خمسون دينارا، المأه أجره البيت ببينه المؤجر و الخمسون فى مقابل بقيه الدار ببينه المستأجر.

قال فى الجواهر: و لا ينافى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما، و كون العوض فيه عشره، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لان الثابت فى الشرع حجيه بينتهما لا دعواهما، و قد اقتضتا ما عرفت، فينبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معا، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انها له و هى فى أيديهما، و تسمعه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما و ان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتماله الواقع» .

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع

قال المحقق قده: «و لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينه و أقبض الثمن و هى فى يد البائع قضى بالقرعه مع تساوى البينتين عداله و عددا و تأريخا و حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» .

أقول: إذا ادعى كل منهما شراء دار معينه من مالكها و إيفاء الثمن و هى بعد فى يد البائع فإن كانا واجدين للبينه فتاره يتقدم تأريخ احدى البينتين، و حينئذ يحكم لصاحبها و يدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: «و ان أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البينتين ببيعها من الثانى و ان لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ و استقر عليه الثمن» و أخرى: يتفقان تأريخا فان كان فى إحداهما شيء من المرجحات فهو، و ان تساوتا

عداله و عددا أقرع بينهما و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فان نكل أحلف الأخر فإن نكل كذلك قسمت الدار بينهما و رجع كل منهما بنصف الثمن.

و ان عدما البينه فهنا صور: الاولى: أن يكذب المدعى عليه-و هو صاحب الدار-كليهما، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف و الحكم. الثانيه: ان يصدق أحدهما و يكذب الأخر، فأما الذى صدقه فتسلم اليه الدار، و أما الذى كذبه فيحلف له على الإنكار، و ان نكل فالقولان، و حيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار اليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثانى أيضا بعد تصديق الأول و تسليم الدار اليه و هل ان تصديق المدعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثانى؟ ان كان الإقرار قبل القبض تلفا فإنه يكون فى مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، و حينئذ لا يجب عليه الحلف للمدعى الثانى، بل بنفس التلف ينفسخ العقد. لكن الإشكال فى كون ذلك مصداقا للتلف، من جهه أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون إقراره للأول إتلافا؟ و أما ما فى الجواهر «و حلف للآخر (١)ان لم نقل ان الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه. نعم لو قلنا ان الإقرار قبل القبض إتلاف كالافه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و ان كان هو كما ترى» ففيه: ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل إتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

و كيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين و اما على القول بشمول «كل مبيع.» لإتلاف البائع فالانفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

ص:٢٠٤

الثالثه: أن يصدق كليهما معا، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها و هى فى يد المتنازعين، لانه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم ان صدقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه أن يصدق كل واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على إنكار النصف الأخر-فإن كان مقرا بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب إرجاع النصف و الا أحلف على إنكار أخذ الكل، فان نكل و حلف المدعى أخذ منه الخامسه أن يقول: لا اعلم لمن هى منكما، فيكون إقرارا بأنها ليست له، و حينئذ تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلا و ليس لأحدهما عليها يد، و فيها أقوال: أحدها: الحكم بالتنصيف، و الثانى القرعه مع اليمين، و الثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معا.

و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدس سره: «و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعاده الثمن على الأخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البينتان فيه» أقول: و حيث تساوت البينتان و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لأحدهما أم لا ان كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده و ترتفع فلا اعتبار لإقراره لكن فى كشف اللثام: «و يحتمل القبول، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينه الأخر على الخلاف» و فيه-كما فى الجواهر-أن جزم المحقق قده و غيره بعدم قبول قول البائع مبنى على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاع الدار من البائع بالبينتين، فإنهما و ان اختلفتا فى تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزم البائع إعاده الثمن على المدعى الأخر الذى لم تكن له

الـدار، لان قبض البائع الثمنين من المـدعيين ممكن فتزدحم-أى تجتمع-البينتان فيه كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحده منهما على وقوعه مع كل واحد منهما دون الأخر و لو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الأخر كما تقدم قال المحقق: «و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما و يرجع كل منهما بنصف الثمن» .

أى: و لو نكل من أخرجته القرعه و الطرف الأخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل، و على البائع إرجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المدعيين، و ليس له إنكار الأخذ لإثبات البينتين ذلك و قال كاشف اللثام: «الا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بنياتهما أو إحداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهاده بينه لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» و قد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فإنه قال فى المسأله الآتيه:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمه فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و الا فإذا جرى القبض استقر العقد و ما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» .

و سبقهما إليه العلامه فى التحرير (١).

و اعترضه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه كما هو واضح

اللهم الا ـ ان يقال: ان عـدم الرجوع بعـد القبض لتركهما اليمين باختيارهما. و لكن ذلك غير موافق لما سـمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيرا على ان ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» .

أقول: و الأقرب هو الأول، فلو اشترى مالا من بائعه و قبضه و اقبض الثمن ثم تركه أمانه عنـد البائع فأقام رجل البينه لـدى الحاكم على أنه قـد اشترى المال منه و حكم الحاكم بـدفع المال اليه لم يكن للمشترى الأول مطالبه البائع بالمال و لا بالثمن لانه مال قد تلف بعـد القبض فهو من مـالكه لا ـ من مال البائع. نعم لو كانت العين باقيه عنـد البائع من دون اذن المشترى فهو لها ضامن لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و هنا بحث آخر.

و قول صاحب الجواهر: «ان الاعتراف. لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه» .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على إقرار المشترى و لم ينكشف خلاف.

و قوله: «على أنّ ترك اليمين ان كـان مقتضـيا لـذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعـده» ، فيه: ان كون التلف قبل القبض من البـائع و بعـده من المشترى أمر لا ـ ريب فيه، لكن كونه من مـال البائع قبل القبض مشـروط بعـدم كون التلف حينئـذ مسـتندا إلى المشترى و الّا فيكون فى ماله. الا ان فى صدق «الإتلاف» على النكول عن اليمين» تأملا.

و هل لهما الفسخ؟

قال المحقق قده: و هل لهما أنّ يفسخا؟ الأقرب: نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

أقول: و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينه؟ قال المحقق: «نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

و وجه العدم: ان التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعّض الصفقه لأن ذلك يكون فى العقد لا ـ القبض فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكا للبائع، فيبطل العقد بالنسبه اليه، و يجوز للمشترى ان يفسخ المعامله بالنسبه إلى الأخر، و هذا معنى تبعض الصفقه.

و أما إذا كان العقد صحيحا بالنسبه إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الأخر، فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

و هنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكل و من لم يقع له فلا شىء له. غير أنه لما كان الواقع مجهولا و قد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف يكون لكل نصف، فيكون نظير درهم الودعى.

فالاصلح هو العدم و بناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع و رجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله.

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الأخر

قال المحقق: «و لو فسخ أحدهما كان الأخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك عليه تردد أقربه اللزوم» .

أقول: و لو فسخ أحدهما فهنا فرعان الأول انه لو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول، و استدل له بقوله «لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الأخر و بينته و حيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذى كان يدعيه.

و قد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره، و وجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الأخر فلا يعود اليه.

ص:۲۰۸

و فيه: ان مقتضى البينه هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الأخر الذى ادعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الأخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

و قد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: «و لو فسخ أحدهما فللاخر الجميع و فيه أوجه ثالثها و هو مختار الشيخ فى المبسوط: الفرق بين كون الأخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للاول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعنى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتح فان الشأنى يأخذ الجميع قطعا لإيجاب بينه الجميع ما لم ينازع.

«و الأقرب أن لكل منهما الأخذ» و قد ضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك. ثم قال: «و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لا اليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جميعا بين البينتين، و مع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهرا عليه لانه مقتضى دعواه و بينته» .

و الثانى: انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان من وجود المقتضى و عدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار و هو تبعض الصفقه، و من استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، و من هنا تردد المحقق قدس سره، لكن قال:

«أقربه اللزوم» و استدل له صاحب الجواهر بالأصل و هو أصاله اللزوم فى العقود «و غيره» من الأدله القائمه على لزوم العقد، و كل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم فى المقام.

هذا و لكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قده بل لان النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع-لا انه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الأخر بكون الجميع له بلا معارض-بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف-و ما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضا.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح و ليس الفسخ كذلك، بل أثره فى محل الكلام كون المعامله بالنسبه الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فللاخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا-اشكال-بل الظاهر أنه لا خلاف-فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه و لذا يكون النماء الحاصل بين العقد و الفسخ للمشترى فيكون الشىء ملكه له مره أخرى بعد بيعه إياه.

و من هنا وقع الكلام فى تأثير اجازه المالك لبيع الفضولى ان كان مالكا للمال حين الإجازه لا حين العقد، و الصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازه.

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافيا للتعارض؟ و الحاصل انه ليس للآخر أخذ الجميع لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه و التى كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

و لو كانت فى يد أحدهما فتاره لا بينه و حينئذ يقضى بها له و عليه اليمين للآخر.

و أخرى يقيمان البينه و حينئذ يحكم للخارج على رأى و للداخل على آخر و قد تقدم.

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع و أقام كل منهما بينه، فان اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، و كذا ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، و ان أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال» .

أقول: هـذه المسأله عكس المسأله السابقه، فلو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما مبيعا معينا، فان اعترف المشترى بالشـراء لأحـدهما قضـى عليه بـالثمن، و ان اعترف به لكل منهما قضـى عليه بالثمنين، لأن إقرار العقلاء على أنفسـهم حجه» و شـراؤه من كليهمـا أمر ممكن، كـأن يكون قـد اشترى العين من أحـدهما ثم باعه من الأخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المـدعى الأخر فاشتراه المشترى منه.

و ان لم يعـترف مطلقـا و أقـام كـل واحـد منهمـا بينه فانكرهمـا فتـاره يختلف تاريـخ البينتين أو تكونـان مطلقتين و أخرى يكون التاريخ واحدا، فان اختلف أو كانتا مطلقتين قضـى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الأخر-أو من رابع فباعه من الأخر-ثم شرائه منه و مهما أمكن الجمع بين البينتين وجب بخلاف المسأله السابقه، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه و البيع يجوز لملك غيره و لو فضولا.

و فيه كمـا فى الجواهر ان الاحتمال فى الشـراء لمال نفسه فضولا عن الغير ممكن أيضا، كأن يشترى العين من أحـدهما ثم يوكل زيدا فى بيعه من الغير ثم اشترى فضولا من الغير.

هذا مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير لان المفروض عدم أخذه شيئا عن الغير.

فالأـولى فى وجه الفرق مـا ذكره فى الجواهر من أنه اتحـاد المـدعى به فى المسـأله السابقه و هو شـراء المبيع من مالكه الا انه لم يعلم السابق منهما ليكون شـراء اللاحق فى غير محله. بخلاف هذه المسأله فان المدعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلا وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحدا.

و بعباره أخرى: العين الواحده لا يمكن ان تكون بجميعها لاثنين، هذا فى

تلك المسأله، أما فى المقام فالمـدعى به هو الثمنان من جهه تعـدد العقـد و ان كانت العين واحـده، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن لإمكـان الشـراء ثم البيع و الشـراء كمـا عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع. فظهر إمكان الجمع بين البينتين هنا و عـدم إمكانه هناك.

نعم لو كـان الثمن شـيئا معينـا خاصا و كل منهما قـد ادعاه بسـبب كونه البائع لثمنه و أقام كل واحـد بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاق البينتين هذا.

و فى المسالك: و يحتمل كونهما حينئـذ كالمؤرختين بتاريـخ واحـد لأنهما ربما شـهدتا على البيع فى وقت واحد و الأصل براءه ذمه المشترى فلا يؤخذ إلا باليقين «قال فى الجواهر: و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد» .

لكن فيه-كما فى الجواهر-أن البينه ظاهره فى تعدد البيع و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

قـال المحقق: «و لو كـان التاريـخ واحـدا تحقق التعارض إذ لا يكون الملك الواحـد لاثنين، و لا يمكن إيقاع عقـدين فى الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له» .

أقول: و دليل القرعه ما تقـدم ذكره سابقا من النص و الفتوى على أن القرعه حكم البينتين المتعارضتين بعـد فقـد الترجيـح بينهما بأحـد المرجحات المـذكوره هناك، فمن خرج اسـمه أحلف و قضـى له بالثمن الـذى شـهدت به البينه فإن امتنع أحلف الأخر و قضى له كذلك.

قال: «و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى: لو امتنع من خرج اسـمه بالقرعه، فردت على الأخر فامتنع كذلك، قسم الثمن بينهما ان كان قابلا للتقسـيم، و الا فلكل واحد من المدعيين نصف ما ادعاه من الثمن.

و قد تقدم فى نظير المسأله احتمالات أخرى.

حکم ما لو ادعی شراء المبیع من زید و ادعی آخر شراءه من عمرو

قال المحقق قده: «و لو ادعی بشراء المبیع من زید و قبض الثمن و ادعی آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و أقاما بینتین متساویتین فی العداله و العدد و التاریخ فالتعارض متحقق» .

أقول: فی هذه المسأله لو صدق البائعان المشتریین أو صدق أحدهما من یدعی الشراء منه وجب علی المصدق تسلیم العین أو إرجاع الثمن الذی أخذه.

و مع عدم التصدیق فلو أقاما بینتین فان کانت إحداهما أرجح أو کان تأریخها أقدم من الأخری حکم لصاحبها دون الأخر، فإن کانتا بینتین متساویتین فی العداله و العدد و التاریخ فالتعارض متحقق.

«فحینئذ یقضی بالقرعه و یحلف من خرج اسمه و یقضی له» بالعین و یرجع المشتری الأخر علی بائعه بالثمن.

فان نکل من خرج اسمه أحلف الأخر «و لو نکلا عن الیمین قسّم المبیع بینهما» علی السویه. و قد عرفت وجود احتمالین آخرین و هما القسمه بلا قرعه، و التساقط للبینتین و التنصیف کذلک و إذا قسم المبیع کذلک.

هذا إذا کانت العین فی ید البائعین.

و لو کانت العین بید المشتریین فلکل واحد منهما ید علی النصف فتکون بنیه کل بالنسبه إلی النصف الذی بیده بینه الداخل و بالنسبه إلی النصف الأخر بینه الخارج، و کیف کان فالحکم هو التنصیف.

و لو کانت بید أحدهما بنی علی تقدیم بینه الداخل أو الخارج، و حیث یقضی لأحدهما یرجع الأخر بالثمن، کما یبتنی الحکم علی ما ذکر فیما لو صدق أحد البائعین مشتریه فإنه یوجب کونه زائد، و مع تصدیق کلیهما یکون کل واحد منهما ذائد و الحکم حینئذ هو التنصیف کما لو عدما معا البینه.

و حیث یحکم بالتنصیف یرجع کل واحد بنصف الثمن کما قال المحقق قده

و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

و هل لهما الفسخ؟

ثم قال: «و لها الفسخ و الرجوع بالثمنين» أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقه، و قد عرفت ما فيها، و بناء على ما ذكرنا سابقا يكون النصف الأخر كالتالف و هو من مال بائعه و للمشترى المطالبه بنصف الثمن.

و قد يجوز كاشف اللثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض.

و قد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجبا للتبعض بأن تكون البينه كاشفه عن كون العين مستحقه الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ و الرجوع، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام.

و الحاصل انه لا يجوز الفسخ، و بناء على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: «و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه» لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

و حيث يعترف المشترى بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له و التلف فى ماله. نعم له الفسخ بناء على كونه من تبعض الصفقه.

هذا و فى الجواهر: انه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصوره المزبوره عدمه فى غيرها، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صوره الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل و كذا لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخير مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر فى محله.

نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

أقول: قد عرفت فى المسأله السابقه قول المحقق قدس سره بالاقضاء بالثمنين جميعا

فی صوره اختلاف البینتین فی التاریخ أو إطلاقهما قال: «لمکان الاحتمال و إمکان الجمع بین البینتین، و قد وافقه صاحب الجواهر قدس سره و أشکل علی المسالک القائل بالتعارض و الحکم بالتنصیف أخذا بالقدر المتیقن و ان الأصل براءه المشتری یعنی: انه ان کان الجمع ممکنا فهو أولی، لکنه یکون فی صوره کون الشهادتین مبنیتین، أما مع إجمالهما فلا (فیکون نظیر ما إذا قامت البینه علی أن أحد هذین الشخصین هو المتلف لمال لزید فإنه یجری فی حق کل منهما أصاله البراءه فلا یلزم أحدهما بشیء) و حیث یکون مجملا یؤخذ بالمتیقن و یجری الأصل فی غیره.

فأشکل علیه فی الجواهر بأن البینه ظاهره فی التعدد و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلک أمضا فی صوره الإطلاق ینافی ما ذکره هناک، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحیح.

و لو شهدت إحداهما بوقوع البیع یوم الخمیس و الأخری بوقوعه یوم الجمعه فالمتأخر باطل ان کان البیع واحدا، و الا فإن أمکن الجمع فهو و الا کان الثانی باطلا.

ثم انه یلزم ان تکون الشهاده علی الملک، و لذا لا تسمع دعوی الشراء من زید حتی لو أقام البینه، بل یلزم ان تکون الدعوی و الشهاده کلتاهما مشتملتین علی شراء العین منه و أنها ملک له، إذ یجوز-فی مفروض المسأله هنا-ان یکون قد اشتری أحدهما العین للآخر و ان یکون باعها أحد البائعین وکاله عن الآخر أو فضولا، و هذا ما ذکره العلامه فی القواعد و الشهید الثانی فی المسالک قال: و سیأتی اختیار المصنف إیاه و کأنه ترکه هنا اتکالا علیه. و بالجمله انه یشترط أن یکون المدعی و المشهود به هو الشراء من المالک، سواء ثبتت ملکیه البائع بالید أو بالبینه (۱).

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر شراءه من المولى.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر أن مولاه باعه منه و أقاما البينه قضى لا سبق البينتين تأريخا، فان اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين» .

أقول: لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى شخص آخر أن مولى العبد قد باعه منه فهما مدعيان، و المولى هو المدعى عليه و ذو اليد سواء كان العبد بيده أو بيد المشترى أو غيرهما أولا فى يد. فان لم تكن لأحدهما بينه و كذبهما المولى حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه، ان صدق أحدهما و كذب الآخر قضى لمن صدقه و هل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان ذهب العلامه إلى الأول و الشهيد الثانى و كاشف اللثام الى الثانى تبعا للمبسوط، و منشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين و عدمه، فهو نزاع صغروى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار انما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «و الحق ما فى المبسوط من أنه أن صدق المشترى لم يحلف للعبد، لانه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا ان صدق العبد لم يحلف للمشترى، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض و هو كالآفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره» .

و قد وافق صاحب الجواهر العلامه و صور الثمره فى المسأله حيث قال:

«و فيه منع عدم توجه اليمين للمشترى، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلوله لا التلف فيغرم له القيمه، و لذا جزموا فى المسأله السابقه و هى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده ان لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشترى، لعموم قوله

صلّى اللّه عليه و آله «البينه إلخ» . و فائدته ثبوت الحريه فى حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلا عليه كما عن بعضهم التصريح به، و الا كانت الثمره واضحه» .

هذا كله مع عدم البينه و مع وجود البينه يقضى لمن أقامها، و ان أقاماها معا فان كانت إحداهما أرجح أو أقدم تاريخا قضى لها، و ان اتفقتا فى العدد و العداله و التأريخ قضى بالقرعه فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فان نكل حلف الأخر و قضى له.

«و لو امتنعا من اليمين قيل يكون نصفه حرا و نصفه رقا لمدعى الابتياع، و يرجع بنصف الثمن» لأدله التنصيف المذكوره سابقا (۱)و قد تأمل صاحب الجواهر فى شمول تلك الأدله لمثل الفرض الذى أحد طرفيه الملك و الآخر الحريه، و حينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقترع على الملكيه لمدعى الشراء و الحريه للعبد (۱). و على الأول-و هو قول الشيخ و جماعه-يرجع المشترى بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

و هل للمولى خيار الفسخ

و هل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم لتبعض الصفقه، و قد قلنا سابقا بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لانه كالتلف قبل القبض على أثر حكم الحاكم.

و على ما ذكروا من ثبوت الخيار قال المحقق: «و لو فسخ عتق كله، و هل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهاده البينه بمباشره عتقه» فهنا فرعان، أحدهما انه لو فسخ مدعى الشراء يرجع على المولى بكل الثمن، و حينئذ ينعتق العبد كله لزوال المزاحم البينه القائمه على ان المولى أعتقه و الثانى: انه لو لم يفسخ المشترى

۱- ۱) راجع الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

فهل يقوّم العبد على البائع ان كان موسرا أولا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم لشهاده البينه بمباشره عتقه» فيتم شرط السرايه. و قد وافقه على ذلک المسالک و الجواهر.

و فى المسالک عن الشهيد الاعتراض على ذلک «بأن الواقع فى نفس الأمر اما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، و أيما كان امتنع معه التقويم على المالک و السرايه، اما على تقدير العتق فلان يكون للمجموع و مع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. و اما على تقدير الشراء فلأنه أيضا للجميع فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض و هو منتف، و منهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما» .

أقول: و فى الدروس اشكال آخر أيضا حيث قال: «و لانه عتق قهرى فلا يقوّم عليه» اى أن شرط التقويم و السرايه هو ان يكون عتقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهرى كالإرث لا يوجب السرايه و هنا الاختيار منتف لان بينه العبد شهدت بعتق الكل، و حريه بعضه كانت بحكم الحاكم لا باختيار المولى فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الاختيار هنا، لانه مع شهاده بينه العبد بعتق الكل فقد أعتق النصف، فان مبنى تبعض الصفقه هو ان من باع الكل فقد باع البعض و الا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البينتين لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

و أما اشكاله الأخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، و لو غسل يده المتنجسه بماء مشكوک الطهاره فإنه يستصحب طهاره الماء و نجاسه اليد معا و لا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، و فيما نحن فيه و ان علمنا بان العبد اما مملوک كله-للمولى أو للمشترى و اما حر كله و الحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا يلزم من ذلک مخالفه قطعيه من المشترى و العبد. نعم الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه و فصل النزاع.

هـذا و لو حصـل لنـا العلم بعـدم وجوب شـراء النصف من المشـترى -لاـنه امـا كله ملـك للمشـترى و امـا كله حر فيحصـل العلم التفصـيلى بعـدم وجوب شـراء المولى النصف من المشترى و لاـ تقتضـى ظواهر الأـدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر. و هذا اشكال آخر.

و لو كـان العبـد فى يـد المشترى فـان قـدمنا بينه الـداخل حكم له و ان قـدمنا بينه الخـارج حكم بالعتق لان العبـد خارج قاله فى الجواهر تبعا للدروس لكن تقدم منا القول بان ذا اليد هو المولى و ان كان بيد المشترى.

لا يقال تقـدم بينه العبـد لان له يـدا على نفسه ان قـدمنا الداخل و الا قدمت بينه الشـراء لأنا نقول انما يصـير له يد بالعتق و ثبوت الحريه، و قد نسب فى الجواهر القول المذكور الى بعض العامه.

ص:۲۱۹

(مسائل)

(الاولی: لو شهد للمدعی بملکیه الدابه منذ مده فکذبتها سنها)

قال المحقق قدس سره: «لو شهد للمدعی بأن الدابه ملکه منذ مده فدلت سنها علی أقل من ذلک قطعا أو أکثر سقطت البینه لتحقق کذبها» .

أقول: لو شهدت البینه لمدعی ملکیه الدابه بأنها ملکه منذ خمس سنوات مثلا فدلت سنها علی کون عمرها أقل من تلک المده دلاله قطعیه، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعی منذ خمس سنوات فدلت سنها دلاله قطعیه علی ان عمرها أکثر من تلک المده سقطت البینه عن الحجیه لتحقق کذبها.

أما لو کانت الدلاله علی الأقلیه أو الأکثریه ظنیه لا قطعیه ففی الجواهر: لا ینبغی التأمل فی عدم معارضه الظن للشهاده التعبدیه. و لا أظنه قولا لأحد.

لکن عن بعض نسخ الشرائع «قطعا أو أکثریا» و هی التی شرحها فی المسالک فقال: «أما علی تقدیر کون الدلاله قطعیه فواضح لان الکذب حینئذ قطعی، و اما علی تقدیر الأکثریه فالدلاله ظنیه، و یشکل معارضتها للحاکم الظاهر من عداله الشاهد. و فی التحریر اقتصر فی الحکم بسقوط البینه علی الدلاله القطعیه و هو أولی» و کیف کان فالصحیح ما ذکره فی الجواهر، انما الکلام فی بطلان البینه مطلقا أو فی خصوص ما کذبت؟ قال: الظاهر الثانی قلت: بل الأول، إذ لا عرفیه لبینه یسقط بعض مدلولها بتکذیب السن له و یبقی البعض الأخر.

(المسأله الثانيه)

(لو شهدت بالشراء و لم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: «إذا ادعى دابه فى يد زيد و أقام بينه انه اشتراها من عمرو، فان شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشترى أو بالتسليم قضى للمدعى و ان شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لان ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون و هو قوى و قيل: يقضى له، لان الشراء دلاله على التصرف السابق الداله على الملكيه» .

أقول: لا كلام فى ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و قد كانت ملكه أو للمشترى بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و هى الان ملك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و تسليم عمرو إياها لزيد.

انما الكلام فيما إذا تجردت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففى المسأله قولان، و كلاهما للشيخ قدس سره، أو لهما و هو العدم قوله فى المبسوط و اختاره المحقق و الأكثر كما فى المسالك و الثانى و هو القبول قوله فى الخلاف و وافقه العلامه فى المختلف.

توضيح دليل الأول هو: ان هذه الشهاده لا تدل على الملكيه لا بالمطابقه و لا

بالالتزام، أما مع إضافه الملكيه فالدلاله تامه بالالتزام، و مع اضافه التسليم توجد دلاله التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لان التسليم أماره على اليد التى هى اماره على الملكيه و توضيح دليل الثانى هو: ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكيه كما ان اليد السابقه أماره عليها، إذ كما ان الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه و لا عدوانا فكذا التصرف بالبيع و الشراء و ان لم يكن المال فى يده.

قلت: فرق بين «اليد» و «التصرف» فإن الأول أماره على الملك شرعا و عقلا بخلاف الثانى، فقد يكون قوله «بعت» فى ملك غيره، و هذا القول و ان كان تصرفا لو صدر من المالك لكنه بمجرده لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى و لا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا ان البحث هو فى دلاله هذه الشهاده على الملكيه و عدم دلالتها، و ليس البحث مبنيا على ما ذكره صاحب الجواهر، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه فلا ربط للبحث بالترجيح و مسأله الداخل و الخارج فتلك مسأله أخرى و لا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

ص:٢٢٢

(المسأله الثالثه)

اشاره

(حكم دعوى رقيّه الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره: «الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيّته قضى بذلك ظاهرا. و كذا لو كان فى يد اثنين» .

أقول: وجه الحكم برقبه الصغير للمدعى هو: أن رقبه هذا الصغير أمر ممكن و المدعى لا معارض له فى دعواه، و هو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع و يقضى له، -قال فى الجواهر- «بلا خلاف أجده فيه» .

انما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير و نفى الرقيّه: فقد قيل: لا يسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم. و قيل: يسمع و يحلف المدعى مع عدم البينه، و قيل: بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضا-لو لا الإجماع-و ان هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذى لا منازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن على بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأه، ادعى الرجل انها مملوكه له و ادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السّلام.

قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار الأمن أقر على

نفسه بـالرق و هو مـدرك. و من اقـام بينه على من ادعى من عبـد أو أمه فـإنه يـدفع اليه و يكون له رقا قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسـأل الـذى ادعى انهـا مملوكه له بينه على ما ادعى فإن أحضـر شـهودا يشـهدون انها مملوكه لا يعلمونه باغ و لا وهب دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها ان الجاريه ابنتها حره مثلها، فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل.

قلت: فان لم ينقسم الرجل شـهودا انها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فان لم يقم الرجل البينه على ما ادعى و لم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاء» (۱).

أقول: لا ريب فى ان اليـد أماره الملكيه و أن الناس يعاملون صاحب اليـد معامله المالك لما فى يـده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض و المنازع.

أما فى مورد دعوى الرقبه فإن الأصل هو حريه الإنسان و عدم سلطنه أحد على أحد.

و اليـد انما تكون اماره على الملكيه لما فى اليـد فيما إذا كان الشـىء الذى فى اليد قابلا للملكيه، و من هنا يشـكل الحكم بكون المائع الموجود فى الإناء -المردد بين كونه مما يقبل الملكيه و مما لا يقبلها كالخل و الخمر-خلا استنادا الى اليد.

و فى حجيه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه و غيرها من الخصوصـيات بحث و ان كان قول الأكثر ذلک، لکن حجيه قوله من آثار حجيه اليد، و مع الشک فى قابليه الشـىء للملکيه يشکل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، و لذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت و المجنون، فقال بعضهم بعدم حجيه قول ذى اليد.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۸۴

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحريه من جهه تقديم الاماره على الأصل، فإن اليد اماره و حجه على الملكيه فيما يقبلها.

فبقى الإجماع. لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتملت على أنه إذا «لم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرب المرأه بكون الجاريه ابنتها فقد وجب عليها نفقه الجاريه و ان لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، و لعل هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

و اما إذا كبر الصغير فأنكر فالحق سماع دعواه فإن أقام بينه على انه ابن فلان أو لقيط فهو و الا حلف المدعى، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحه تسمع.

لا ـ يقال بأنه يستلزم النقض، لأنا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، و أما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها و لا تكون نقضا.

هذا كله فى الصغير.

حكم ما لو كان كبيرا.

قال المحقق: «اما لو كان كبيرا، و أنكر فالقول قوله، لأنّ الأصل الحريه» .

أقول: انه إذا ادعى الرجل رقبه كبير فإن أنكر كان على الرجل المدعى إقامه البينه، و حيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحريه.

و أما إذا اعترف بالرقبه و ادعى تحرير الرجل إياه فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينه، و هو غير دعوى الحريه من أول الأمر، و على هذا يحمل الأخبار الداله على

جواز شراء المملوک من سوق المسلمین مع دعواه الحریه، فإنه مع عدم البینه لا تسمع و یبنی علی رقیته فیشتری.

و ان أقر ترتب الأثر علی إقراره، و لا فرق بین الإقرار لواحد أو لاثنین فإنه یکون ملکا لکلیهما علی الإشاعه.

قال المحقق قده: «و لو ادعی اثنان رقیته فاعترف لهما قضـی علیه، و ان اعترف لأحدهما کان مملوکا له دون الأخر» لعموم جواز إقرار العقلاء علی أنفسهم، و ربما یستدل له باعتبار قول ذی الید بناء علی کونه ذائد علی نفسه.

قال فی الجواهر بعد ان ذکر عدم وجدانه الخلاف فی هذا الحکم «و حکی عن الشیخ فی مسأله دعوی العبد العتق و الأخر الشراء فی إنکار کون العبد ذائد علی نفسه انه قال: لانه لو کان ذا ید لقبل إقراره بالملکیه لأحد المتنازعین فیه» و مقتضاه المفروغیه من عدم قبول إقراره، الا انه کما تری لا دلیل علیه بل ظاهر الأدله خلافه.

و فی کشف اللثام: «و إذا أقاما بینتین متعارضتین فصـدق أحـدهما خاصه لم تترجح به بینته، لانه لا ید له علی نفسه، فإنه ان کان حرا فلا یـدله، و ان کان مملوکا فلا یـد علیه الا لمالکه. و فیه: انه مناف لقبول إقراره بالرقبه مع عدم البینه الذی اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع علیه فتأمل» .

أقول: یمکن ان یکون الشیخ و کاشف اللثام منکرین لعنوان کونه ذا ید لا انهما مخالفان فی قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا فی فرعین غیر هـذا الفرع الـذی نحن فیه، فالشـیخ لاـ یوافق فی تلـک المسـأله علی تـأثیر ذاک الإـقرار لکونه بعنوان ذی الیـد، و کـاشف اللثـام ینکر هنـاک ان یکون قول العبـد مرجحا لإحـدی البینتین لانه لیس ذا یـد، و الإقرار المجرد لیس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشکال الجواهر، و انهما غیر مخالفین فی المقام.

(المسأله الرابعه)

(حكم ما لو ادعی اثنان كون الذبيحه له و فی يد كل بعضها)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی كل منهما ان الذبيحه له و فی يد كل واحد بعضها و أقام كل منهما بينه قيل: قضی لكل منهما بما فی يد الأخر و هو الأليق بمذهبنا» .

أقول: ان كانت الذبيحه واحده و قد وضع كل منهما يده علی طرف منها و أقام بينه علی انها جميعا له فالحكم هو التنصيف. و ان كان ما فی يد كل منهما منفصلا عما فی يد الأخر فعلی القول بتقدم بينه الخارج-و هو الأليق بمذهبنا- يقضی لكل منهما بما فی يد الأخر سواء كانا متساويين أو مختلفين فی المقدار.

و لو لم يكن لهما يد فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: «و كذا لو كان فی يد كل واحد شاه و ادعی كل منهما الجميع و أقاما بينه قضی لكل منهما بما فی يد الأخر» .

أقول: و ذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق عليه.

قال فی الجواهر: «و مما يتفرع علی ذلك انه لو كان المتخاصمان فی بعض الذبيحه المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضی به للكافر ميته و للمسلم مذكی و ان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الأخر، عملا بظاهر اليد المعتبره شرعا، و لا يقدح فی ذلك اليد السابقه، بل لعل الحكم كذلك فی الجزئين

المنفصلين، ضروره اتحاد الملاک فیهما کما تقدم الکلام فی ذلک فی قسم العبادات» .

أقول: کیف یکون اللحم الواحـد الذی یملکه المسـلم و الکافر علی الإشاعه بعضه نجسا و هو الذی کان فی ید الکافر، و البعض الأخر طاهرا و هو الذی کان فی ید المسـلم؟ ان هذه الذبیحه إما میته نجسه کلها و اما طاهره کلها، فما ذکره رحمه اللّه مشکل لا سیما فی المشاع.

نعم یمکن معامله الطاهر مع ما یجیء من خارج بلاد المسـلمین من الجلود فیما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، اما فی مسألتنا هذه فإن الذی بید المسلم مقطوع بکونه مأخوذا من الکافر و ان أصبح ملکا له الان بعد المرافعه بحکم الحاکم، و علی ما ذکرنا فلو علمنا بکون اللحم الموجود الان بید الکافر مذبوحا بید المسلم حکمنا بطهارته.

فالحاصـل: انه علی أثر حکم الحاکم یکون ما فی یـد المسـلم مختصا له و هـذا هو القـدر المتیقن، و أما ترتب أثر الطهاره أیضـا علی هذا الحکم و الید الحاصله بعده فمشکل جدا.

(المسأله الخامسه)

(لو تسلم شيئا بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قده: «لو ادعى شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد. و هو بناء على القضاء لصاحب اليد، و الاولى انه لا ينقض» .

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدعى ملكا جديدا، فإن أقام بينه تقدمت على بينه زيد لان عمرا هو الخارج.

و اخرى يقول: انه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بينتى حاضره و هى الان حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان فى الخارج و الداخل حال اقامه عمرو البينه فزيد الداخل، و ان كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

و قد يدعى كون الشاه له و يقيم البينه من غير تعرض للدعوى السابقه فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، و تحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

و كيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع، و فى أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

(المسأله السادسه)

اشاره

(لو ادعی دارا و ادعی آخر نصفها و أقاما البینه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعی دارا فی ید زید و ادعی عمرو نصفها و أقاما البینه قضی لمدعی الکل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البینتان فی النصف الأخر، فیقرع بینهما و یقضی لمن یخرج اسمه مع یمینه، و لو امتنعا من الیمین قضی بینهما بالسویه فیکون لمدعی الکل ثلاثه أرباع و لمدعی النصف الربع» .

أقول: لو کانت دار فی ید شخص فادعی زید کل الدار و ادعی عمرو نصفها و لم یصدق من بیده الدار أحدهما، فمع وجود البینه بالتساوی عددا و عداله لکلیهما یقضی لزید بالنصف المشاع من الدار، لان المفروض ان عمرا لا یدعی إلا نصف الدار، فزید فی نصفها مدع بلا معارض فیکون له کما هو الحال فی کل دعوی بلا معارض، لکن البینتین تتعارضان فی النصف الأخر و الحکم فی تعارض البینتین هو القرعه، فمن خرج اسمه قضی له مع یمینه فان امتنع حلف الأخر و أخذ، و لو امتنعا معا من الیمین قضی فی النصف المتنازع فیه بالسویه، فیکون نصفه لزید و نصفه الأخر لعمرو، فیکون لزید الذی ادعی کل الدار ثلاثه أرباعها و لعمرو الذی ادعی نصفها ربعها.

و کذلک الحکم لو کانت الدار فی ید ثالث و لم یکن لأحدهما بینه فإنه یقسم النصف المتنازع فیه بینهما علی السویه.

حكم ما لو ادعيا ذلک و يدهما عليها مع البينه:

قال المحقق: «و لو كانت يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الأخر النصف و أقام كل منهما بينه كانت لمدعى الكل و لم يكن لمدعى النصف شىء، لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» أقول: و هذا هو الفرع الثالث فى المسأله، و ذلک أن يدعى أحدهما كل الدار و الأخر النصف و هما واجدان للبينه و هى فى يدهما لا فى يد ثالث، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعى الكل و انه ليس لمدعى النصف شىء منها، و ذلک لان المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكل ملكا له لانه مدع بلا معارض بالنسبه اليه، و حيث انه يدعى النصف الأخر بيد خصمه فهو بالنسبه إلى ذاک النصف خارج و الخصم داخل، و مذهب المشهور تقديم بينه الخارج و سقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلها له و لم يكن لمدعى النصف شىء.

نعم لو لم يكن لمدعى الكل بينه كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين.

هذا هو المشهور.

و عن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينه و عدمها على طريق «العول» (۱) فيجعل فى مفروض المسأله لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث، و قد فرض رحمه اللّه المسأله فى ما لو كانت العين فى أيدى المتداعيين، لكن التأمل فى كلامه

المنقول فى المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.

و فى المسالك لأن المنازعه وقعت فى اجزاء غير معينه و لا مشار إليها بل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكروه من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه و نسبه احدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت.

و فى المختلف وافق ابن الجنيد على ذلك مع زياده المدعيين على اثنين.

و قال فى الجواهر: «يمكن ان يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول، ضروره ان بينه كل منهما تقتضى الكل و هما متعذران فيحصل النقصان عليهما، و من هنا اتجه التعديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه و التربيع لو كانوا أربعه و هكذا، و ليس الا لما ذكرنا.

و منه مفروض المسأله التى لا يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا و بين بينه الكل، فنقول فى النصف كما عالت فى الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لان نسبه الكل الى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول فى الفرائض لو لا نصوص أهل العصمه (ع) ، لقضاء كل بينه مثلا بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الام الثلث، لا مثل العول فى تزاحم الديون على التركه الذى مرجعه عند التأمل أيضا الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور و ابن الجنيد يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البينتين و مورد النزاع بينهما، و ابن الجنيد يقول بتقسيم مورد دعوى المدعيين و هو الكل من أحدهما و النصف من الأخر و المفروض هو الإشاعه، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثانى و استثناؤه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب اليه ابن الجنيد هو الإشاعه فى الاجزاء، و الثانى ما ذكره

صاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول.

قلت: أما الأول ففيه: ان تصرف أحد المالكين فى الملك المشاع يكون على نحوين، أحدهما غير جائز و هو التصرف الخارجى لتوقفه فى كل جزء على اذن الشريك، و الأخر جائز بلا اذن منه مثل أن يبيع نصفه المشاع، و ما نحن فيه-و هو إثبات الملكيه بالبينه-كالبيع المذكور فإنه ليس تصرفا فى مال الشريك.

و بعباره أخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكه على الإشاعه يتوقف إيرادها على اذن الشريك، و أما العوارض التى تعرض الملكيه كالبيع فلا، و ما نحن فيه من قبيل الثانى لا الأول، فيكون النصف المشاع الذى لا معارض لمدعى الكل بالنسبه إليه ملكا له، و يقع التعارض بين البينتين فى النصف الأخر فهو مورد النزاع، و طريق رفع هذا النزاع فى صوره تساوى البينتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عينا منحازه يدعيها كل واحد من المدعيين.

و أما الثانى ففيه-كما فى الجواهر-ان محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه، اما فى المفروض فلا دلاله فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيره (۱)عن الصادق عليه السّلام: «فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الأخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: اما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء و انه لصاحبه، و اما الأخر فبينهما» خلاف ذلک «و كذا مرسل ابن أبى حمزه (۱)عنه أيضا» .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۳-۱۶۹ الباب ۹ من كتاب الصلح.

هذا و قد فصل المحقق العراقی فی المقام فقال: «لو ادعی دارا فی ید زید بأجمعها و ادعی عمرو نصفها فتاره تکون دعوی التمام بسبب غیر قابل للتفکیک بین النصفین و اخری علی نحو قابل للتفکیک بینهما من حیث الصدق و الکذب، فعلی الأول: تکون دعوی النصف مزاحمه لدعوی التمام دون الأخر، و لازمه حینئذ تزاحم بینتهما، و فی مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبینه بالنسبه إلی النصف بلا معارض بل و لا مجال للأخذ بدعواه بملاک الدعوی بلا معارض، لما عرفت من أن دعوی الملکیه علی النحو المزبور معارض بدعوی النصف من غیره.» أی: ان قال أحدهما بأن هذه الدابه نتجت عندی، أی کلها لی، و قال الأخر: هی بیننا -أی علی النصف-من جهه الإرث، فإذا أقاما البینه علی دعواهما کانت البینتان متعارضتین و لیس فی البین قدر متفق علیه بین الطرفین، و حینئذ یحکم بینهما علی طریق العول. نعم إذا قال هذا هی کلها لی، فقال الأخر: قد بعتنی نصفها، فهنا لا نزاع بینهما فی أحد النصفین.

هذا توضیح ما ذکره، لکن نقول: ان کانت حجیه البینه فی باب القضاء من باب الطریقیه إلی الواقع، فإن البینه القائمه علی ملکیه النصف بالإرث تسقط عن الطریقیه و الکاشفیه مع وجود المعارض، و هو البینه القائمه علی ملکیه الکل بالنتاج، لکن البینه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه و رفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما علی ملکیه الکل و الأخر علی ملکیه النصف فقد جعل الشارع الحکم بالتنصیف لفصل الخصومه مع ان الحاکم یعلم علما إجمالیا بکذب احدی البینتین.

و بما ذکرنا أجاب المحقق الآشتیانی عن توجیه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنید بأن الطرفین مالکان لجمیع الاجزاء علی الإشاعه فقال: بأن ما ذکره یتم بناء علی الطریقیه، و اما بناء علی السببیه فلا، فان دلیل حجیه البینه فی باب القضاء یقتضی سببیه البینه فیحکم بحسبها حکما ظاهریا، و علی هذا فالنصف الذی لا یدعیه أحدهما یخرج عن محل النزاع و تکون بینه الأخر سببا لملکیته له، و یبقی النصف

الأخر و يتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

و أجاب عن الدليل الأول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فى جميع الاجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدعى الكل، إذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الأخر لمدعى الكل بلا منازع، و مدعى الكل و ان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو انما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدعى و هو النصف، لا ان يكون المقصود هو إثبات الكل من البينه من حيث الكل كما قد يتوهم، فالتزاحم انما وقع حقيقه بالنسبه الى نصف الكل، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه فتقسم العين أرباعا، ثلاثه أرباع لمدعى الكل و واحد لمدعى النصف.

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الأخر الثلث و الثالث السدس

و يدهم عليها:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم النصف و الأخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدعى زياده على ما فى يده، و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث، فيكون لمدعى النصف، فيكمل له النصف» .

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها، و من هنا قال المحقق: «و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه» .

قال فى الجواهر: «و كأن المصنف نبّه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل انما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد

على تقـدير عـدمها، و نصـفه على مـدعى السـدس فيحكم به لمدعى النصف ببينته، لان بينه مدعى السدس لا تعارضـها، فيجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد» .

و فيه أولا: ان هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخل و هو خلاف التحقيق.

و ثانيا: ان الدعوى ليست على الآخرين، بل انه يدعى كون نصف الدار له، و حينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا بيد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

و ثالثا: ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلما ذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود البينه.

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الأخر النصف و الثالث الثلث:

قال المحقق قـدس سـره: «و لو ادعى أحـدهم الكل و الأخر النصف و الثالث الثلث و لا بينه، قضـى لكل واحـد بالثلث، لان يـده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل، و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين و صاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور:

فـالصوره الاـولى من الصورتين: أن لاـ تكون لأحـدهم بينه، و الحكم فيها ما ذكره المحقق قـدس سـره من أنه يكون لكل واحد منهم مـا فى يـده و هو الثلث، غير أن مـدعى النصف و مـدعى الثلث يحلفـان لمـدعى الكل، لان الخارج له-مع عـدم البينه-حق اليمين على الـداخل، كمـا أن لمـدعى النصف حق اليمين على مـدعى الثلث فى مقابـل نصف السـدس و على مـدعى الكـل فى مقابل النصف الأخر.

و الصوره الثـانيه منهمـا: ان يكون لكـل منهم بينه. قـال المحقق: «و ان أقـام كـل منهم بينه، فان قضـينا مع التعارض ببينه الـداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لان لكل واحد بينه و يدا على الثلث.

و ان قضينا ببينه الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثه من

اثنى عشر بغير منازع، و الأربعه التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه ذى اليـد، و ثلاثه مما فى يـد مدعى الثلث، و يبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف، و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف و مدعى الكل، يقرع بينهما و يحلف من يخرج اسـمه و يقضى له، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكل عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف و تسقط دعوى مدعى الثلث» .

أى: انه حيث يكون لكل منهم بينه مع اليـد يحكم الحاكم لكل بما فى يـده، لكن بينه كل واحـد منهم بالنسـبه الى ما يدعيه مما فى يـد الأخر بينه الخارج، فمـدعى النصف تتقـدم بينته فى نصف السـدس فى يد مدعى الكل فيأخذه، ثم ان مدعى الكل بدعى على مـدعى النصف فيأخـذ منه الأربعه، و يـدعى على مـدعى الثلث كل ما فى يـده، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السدس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل و مدعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه و حلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، و حيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف. فيكون لمدعى الكل من الاثنى عشر ۵-۱۰ و لمدعى النصف ۵-۱. و لا شىء لمدعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، و قد ذكرنا انها لا تؤثر مع وجود الخارج.

و أما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب الجواهر:

فالأولى: أن يكون لمدعى الكل فقط بينته، و حينئذ فهو خارج بالنسبه الى ما فى يد الآخرين، فيحكم له ببينه و يكون الكل له.

و الثـانيه: أن يكون لمـدعى الثلث فقط بينته. و حينئـذ يأخـذ ما فى يـده من غير يمين ان قلنا بكفايه البينه عنه. و فى كشف اللثام: «أخـذه-أى الثلث-الـذى بيـده أو الـذى بأيـدى الباقين» و الباقى يكون بين الآخرين، لمـدعى الكل السـدس من الباقى بغير يمين لعدم المنازع له فيه، و يحلف على السدس الأخر الذى يدعيه الان

مدعى النصف عليه، كما ان مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعيهما عليه.

و الثالثه أن يكون لمدعى النصف فقط بينه، فإنه يأخذ من كل من الآخرين نصف سدس فيتم له مع ما فى يده النصف الذى يدعيه. ثم ان النصف الباقى يقسم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكل منهما سدس و نصف أى لكل ۳ من ۱۲ قاله فى الجواهر.

و فيه: انه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه يكون السدس من النصف الباقى خارجا عن النزاع فيكون لمدعى الكل، و يبقى النزاع فى السدسين الباقيين و هى الأربعه التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل و مدعى الثلث يدعيه و حيث لا بينه يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلک أنه يعطى لمدعى النصف ۶ و لمدعى الكل ۴ و لمدعى الثلث ۲، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور و لا على مذهب ابن الجنيد.

و قال كاشف اللثام انه بناء على عدم سماع بينه الداخل يأخذ مدعى النصف ان أقام البينه ثلاثه من مدعى الكل و ثلاثه من مدعى الثلث و يرفع اليد عن الثلث -أى الأربعه-الذى فى يده لهما.

و كذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينه و أسقطنا بينه الداخل.

لكن القدر المتيقن من تقدم الخارج على الداخل أن يكون الشىء المتنازع فيه مفروزا غير مشاع، و أما فيما نحن فيه تكون الدعوى على الحق المشاع فى مورد الدار، قال فى الجواهر: و قد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلک فى المشاع، بل مناف لما تسمعه من اقامه كل منهم البينه المنزله على ما فى يده الا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد، و كأن الذى أحوجه الى ذلک ذكرهم البينه هنا.

و ظاهر هم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معروفيه تقديم بينه الخارج عندهم،

ص:۲۳۸

كمعروفيه عـدم الاكتفـاء بها عن اليمين فى الـداخل، و مع هـذه المقـدمات يقتضـى تنزيل مفاد البينه على الخارج بالتقرير الـذى ذكره.

الا ـ أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كل منهم البينه كالصريح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل.

أقول: لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعه و الاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فى المشاع لما يضع الثلاثه أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفا، الا انه لا يملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطنه لكل على الثلث المشاع، و يعرض كـل ثلث مـا يعرض المشاع كجواز بيع السـهم المشاع فى كل الاجزاء. فمن قال بحجيه بينه ذى اليـد فـدليله العمومات و هى هنا تتقدم بتأيّدها باليد و من قال بتقدم بينه الخارج فدليله التفصيل فى الحديث لكونه قاطعا للشركه.

لكن الملا ـ ك الموجود فى الجزء المنحـاز موجود فى هـذا المقـام، فيكون جواب الجواهر عن كلا ـ م كاشف اللثام فيه تأمل، أى يمكن ان يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز لوحده الملاك.

و لو كـانت يـدهم جميعا خارجه و اعترف ذو اليـد بأنه لا يملكها و لا بينه فللمسـتوعب النصف، لعـدم المنازع له فيه من كل من مـدعى النصف و الثلث، و يقرع فى النصف الأخر، فإن خرجت لمـدعى الكل أو للثانى حلف و أخذ، و ان خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقـام أحـدهم خـاصه بينه، فـان كانت لمـدعى الكل أخـذ الجميع، و ان أقامها مـدعى النصف أخـذه، و يبقى لمـدعى الكل السـدس بغير منـازع، و الثلث يتنـازع فيه مع مـدعيه، و الحكم فيه كما لو لـم تكن بينه، و لو أقامها مـدعى الثلث أخـذه و لمـدعى الكل السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل.

ص:۲۳۹

و ان أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف لمـدعى الكل لعـدم المنازع له فيه، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل و مـدعى النصف، و قـد تعـارضت فيه بينتاهما، و الثلث يـدعيه الثلاثه و قـد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسـمه حلف و أخـذ، و ان نكلوا اقتسـموا المتنازع فيه، فيقسم مدّعى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصـفين، لأنهمـا يتنازعـان فيه، دون مـدعى الثلث، و أمـا الثلث فيقتسـمونه أثلاثا بينهم، فيكون لمـدعى الكل النصف بلا منازع و نصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصه و هو التسع.

و تصح فى سته و ثلاثين، للمستوعب خمسه و عشرون: ثمانيه عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الزائد، و أربعه ثلث الثلث.

و لمدعى النصف سبعه: ثلاثه نصف السدس، و أربعه ثلث الثلث.

و لمدعى الثلث أربعه، ثلث الثلث.

و أما على العول الـذى ذهب اليه ابن الجنيـد فتصـح فى أحد عشـر: لمدعى الكل سته، و لمدعى النصف ثلاثه، و لمدعى الثلث ثلثان، لان فريضتهم من سته، و يعال عليها نصفها و ثلثها.

حكم ما لو كانت فى يد أربعه.

قـال المحقق قـدس سره: «و لو كانت فى يـد أربعه، فادعى أحـدهم الكل و الأخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففى يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد بما فى يده، و أحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول: اى انه فى صوره عـدم البينه لما كان لكل واحـد منهم يـد على ربع العين فان اليـد مع اليمين حجه، فحجه كل واحـد منهم حينئذ معارضه بحجيه الأخر فلا شيء لأحدهم بلا منازع.

ص:۲۴۰

قال: «و لو كانت يدهم خارجه و لكل بينه خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» .

أقول: قال فی الجواهر: مع تداخل الدعاوی بعضها فی بعض و اراده القضاء فیها أجمع، لا ان له ذلک علی کل حال، حتی لو أراد رفع الید عن الدعوی أو کانت الدعاوی مترتبه و کان القضاء بین کل واحده مع الأخری مستقلا، الا مع إقرار المدعی بالثلث مثلا ان له ذلک فی النصف المدعی به مثلا.

قال: «و یبقی التعارض بین بینه مدعی الکل و مدعی الثلثین فی السدس فیقرع بینهما فیه» .

أقول: قد عرفت مرارا ان القرعه تکون مع تساوی البینتین عددا و عداله، و حینئذ فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا حلف الأخر، فإن امتنعا قسم بینهما نصفین.

قال: «ثم یقع التعارض بین بینه مدعی الکل و مدعی الثلثین و مدعی النصف فی السدس أیضا، فیقرع بینهم فیه» .

أی: علی ما تقدم من اشتراط التساوی.

قال: «ثم یقع التعارض بین الأربعه فی الثلث فیقرع بینهم، و یختص به من تقع القرعه له، و لا یقتضی لمن یخرج اسمه الا مع الیمین» .

فان قیل: إذا کان المرجع هو القرعه، فإن من الممکن ان تخرج القرعه لمدعی الکل فی کل مره.

فأجاب المحقق قده بقوله: «و لا یستعظم أن یحصل بالقرعه الکل لمدعی الکل، فان ما حکم اللّه تعالی به غیر مخطئ» .

قال: «و لو نکل الجمیع عن الایمان قسمنا ما یقع التدافع فیه بین المتنازعین فی کل مرتبه بالسویه» .

هذا هو الحکم فی کیفیه القسمه.

قال: «فتصح القسمه من سته و ثلاثین سهما

«لمـدعى الكل عشـرون» اثنا عشـر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السـدس الـذى تنازع فيه مع مـدعى الثلثين، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمـدعى الثلثين ثمانيه» ثلاثه نصف السـدس الـذى تنازع فيه مع مـدعى الكل، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى النصف خمسه» اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع و مدعى الثلثين، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا ان أقام كلهم بينه.

و أن أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

قال المحقق: «و لو كان المدعى فى يد الأربعه، ففى يد كل واحد ربعها. فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه قال الشـيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لان له بينه و يدا» .

اى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخل على الخارج.

«و الوجه القضاء بينه الخارج على ما قررناه» فيما سبق.

و على المختار: «فيسـقط اعتبار بينه كل واحـد بالنظر الى ما فى يـده، و يكون ثمرتها فيما يدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثه على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم، و يقضـى فيه بالقرعه و اليمين، و مع الامتناع بالقسـمه، فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، و ذلک ربع اثنين و سبعين»

لأنا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف، و الاثنان و السبعون كذلک «و هو» أی الربع ثمانيه عشر.

فمدعی الکل يدعيها أجمع، و مدعی النصف يدعی منها سته، و مدعی الثلث يدعی اثنين.

و علی هذا: «فتکون عشره منها لمدعی الکل لقيام البينه بالجميع الذی تدخل فيه العشره، و يبقی ما يدعيه صاحب النصف و هو سته يقرع بينه و بين مدعی الکل فيها و يحلف» أی من خرج اسمه و يأخذ، و ان امتنع حلف الأخر و أخذ «و مع الامتناع يقسم بينهما» نصفين کما عرفت.

«و ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعی الکل و بينه، فمن خرج اسمه أحلف و أعطی، و لو امتنعا قسم بينهما» نصفين کما عرفت.

«ثم يجمع دعوی الثلاثه علی ما فی يد مدعی النصف، فصاحب الثلثين يدعی عليه عشره» و ذلک لأنه يدعی الثلثين و هو ثمانيه و أربعون-من الاثنين و السبعين-و بيده ثمانيه عشر، فالباقی له ثلاثون، علی کل من الثلاثه الآخرين عشره.

«و مدعی الثلث يدعی اثنين. و يبقی فی يده» أی فی يد مدعی النصف و هو الثمانيه عشر «سته لا يدعيها الا مدعی الجميع، فتکون» أی السته «له» أی لمدعی الکل لقيام البينه علی الجميع الذی تدخل فيه «و يقارع الأخيرين» أی فی العشره و الاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه و يأخذ و الا فالآخر «و ان امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه» من کل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسه و من الاثنين واحدا.

«ثم يجتمع الثلاثه علی ما فی يد مدعی الثلث و هو ثمانيه عشر، فمدعی الثلثين يدعی منه عشره، و مدعی النصف يدعی سته، و يبقی اثنان لمدعی الکل.

و يقارع علی ما أفرد للآخرين، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلک بين مدعی الکل و بين کل واحد منهما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثه علی ما فی يد مدعی الکل» و هو ثمانيه عشر «فمدعی

الثلثین یـدعی عشـره و مـدعی النصف یدعی سـته و مدعی الثلث یدعی اثنین، فتخلص یده عما کان فیها» لان ذلک تمام ثمانیه عشر.

«فیکمل لمدعی الکل سـته و ثلاثون من أصل اثنین و سـبعین» و ذلک أربعه عشر مما فی ید مدعی الثلثین و اثنا عشر مما فی ید مدعی النصف و عشره مما فی ید مدعی الثلث.

«و لمدعی الثلثین عشـرون» و ذلک خمسه مما فی ید مدعی النصف و خمسه أخری مما فی ید مدعی الثلث، و عشره مما فی ید مدعی الکل.

«و لمـدعی النصف اثنا عشـر» و ذلک ثلاثه مما فی یـد مـدعی الثلثین و ثلاثه أخری مما فی یـد مدعی الثلث، و سـته مما فی ید مدعی الکل.

«و لمدعی الثلث أربعه» . و ذلک اثنان مما فی ید مدعی الکل، و اثنان مما فی أیدی الباقین.

«هذا ان امتنع صاحب القرعه عن الیمین و منازعه» و الا کان الحاصل غیر ذلک.

هذا ان أقام کل منهم بینه.

و لو أقام أحدهم خاصه بینه حکم له کما هو ظاهر.

(المسأله السابعه)

اشاره

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره: «إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينه. و ان لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط:

يحلف كل منهما لصاحبه. و قال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمرأه و ما يصلح لهما يقسم بينهما و فى روايه انه للمرأه. و ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر فى الأصحاب» .

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فاما تكون بينه و اما لا تكون، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البينه سواء كان الرجل أو المرأه بلا خلاف كما فى الجواهر عن الرياض.

و ان لم تكن بينه قيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلا منهما يدعى النصف الأخر فما هو الحكم؟ فى المسأله ثلاثه أقوال أو أربعه، و منشأ تعدد الأقوال و الخلاف بين الأصحاب هو اختلاف أخبار المسأله، و الأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: انه يحلف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشىء فى أيديهما «سواء كان مما يختص بالرجال

أو النسـاء أو يصـلح لهما، و سواء كانت الـدار لهما أو لأحـدهما، و سواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، و يسـتوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث» و هـذا ما قاله الشـيخ فى المبسوط و تبعه العلامه فى القواعد، و فخر المحققين فى الإيضاح كما فى الجواهر، و قد أشرنا إلى دليله.

و الثانى: ان ما يصـلح للرجال للرجل و ما يصـلح للنساء للمرأه و ما يصـلح لهما يقسم بينهما. و هـذا ما قاله الشـيخ فى الخلاف و تبعه العلامه فى التحرير، و الشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه.

و يدل عليه-مع الإجماع المذكور-عده اخبار عمدتها صحيح النخاس الآتى.

و الثالث: ان المتاع كله للمرأه «لأنها تأتى بالمتاع من أهلها» و هـذا ما أفتى به الشـيخ فى الاسـتبصار كما فى الجواهر، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهـذه ثلاثه أقوال، و قد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، و نسـبه فى نكت النهايه إلى المشـهور، و عن العلامه فى المختلـف الرجوع فى المسـأله إلى العرف و العـاده حيث قـال: «و المعتمـد أن نقول انه ان كـان هنـاك قضـاء عرفى يرجع اليه و يحكم به بعد اليمين، و الا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى.

لنـا: ان عـاده الشـرع فى بـاب الـدعاوى بعـد الاعتبـار و النظر راجعه الى مـا ذكرنا، و لهـذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصـل، و بـان المتشـبث اولى من الخـارج، لقضـاء العـاده بملكيه ما فى يـد الإنسان غالبا، و حكم بإيجاب البينه على من يـدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها.

ص:۲۴۶

و اعلم ان ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا. و يدل عليه حكمه عليه السّلام بأن العاده قاضيه بأن المرأه تأتى بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العاده قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصه فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصه يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه. و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامه جعله فى المسالك قولا رابعا فى المسأله، لكن صاحب الجواهر أرجعه إلى القول الثانى، فقال بعد ان أورد عباره المختلف: «ان مبناه أولا و آخرا الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشىء لا يصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصا بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الأول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لان الحكم بما يصلح له لو كان حقا لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحا لذلك الغير و هو باطل. بيان اللزوم: انه جاز ان يموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمائم و طيالسه و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حليا و مقانع و قمصا مطرزه بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا- يقال: قال النبى صلّى اللّه عليه و آله: نحن نحكم بالظاهر و اللّه أعلم بالسرائر. و ما ذكرنا هو الظاهر. لأنا نقول: نمنع ان ذلك هو الظاهر، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

و اما ما ذكره العلامه من العرف فممنوع، لانه لو كان قاعده شرعيه لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو حصل التداعى بين رجل و امرأه فى متاع هذا شأنه، و هو باطل» .

أقول: اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، و كذا منعه ما ذكره العلامه،

و الالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

و اما إشكال الجواهر على قول العلامه بأن «كلامه عند التأمل فى غايه البعد، إذ حاصله استفاده الحكم الشرعى من الحكم العادى، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخليه للعاده فى الأحكام الشرعيه. و بالجمله: كلامه لا يرجع الى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لأصول الإماميه و ان مال إليه جماعه ممن تأخر عنه» .

ففيه: انه ان كان مراد العلامه كون السيره العقلائيه على ذلك و انها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها و التعويل عليها فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السّلام «قد علم من بين لابتيها.» يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟ و أما اخبار المسأله فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدال على القول الثانى، و هو عن الصادق عليه السّلام انه قال «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء يقسم بينهما. قال: و إذا طلق الرجل المرأه فادعت ان المتاع لها، و ادعى الرجل ان المتاع له كان له، ما للرجال و لها ما للنساء» (١).

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدال على القول الثالث، قال: «سألنى أبو عبد اللّه عليه السّلام كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعه وجوه، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء اهله و أهلها فى متاع البيت، فقضى فيه

بقول إبراهيم النخعی: مـا کـان من متاع الرجل فللرجل، و ما کان من متاع النساء فللمرأه و ما کان من متاع یکون للرجل و المرأه قسمه بینهما نصفین.

ثم ترک هـذا القـول فقـال: المرأه بمنزله الضـیف فی منزل الرجـل، لو أن رجلاـ أضـاف رجلاـ فـادعی متـاع بیته کلف الـبینه، و کذلک المرأه تکلف البینه، و الا فالمتاع للرجل. و رجع الی قول آخر فقال: القضاء ان المتاع للمرأه الا أن یقیم الرجل البینه علی ما أحدث فی بیته، ثم ترک هذا القول و رجع الی قول إبراهیم الأول.

فقـال أبو عبـد اللّه علیه السّـلام: القضـاء الأـخیر و ان کـان رجع عنه، المتـاع متاع المرأه الا أن یقیم الرجل البینه، قـد علم من بین لابتیها-یعنی: بین جبلی منی- ان المرأه تزف الی بیت زوجها بمتاع-و نحن یومئذ بمنی-» (۱).

و وجه الجمع بینهما: ان دعوی الرجل ملکیه ما یصلح للرجل تحتاج إلی إثبات، لان المتاع الذی تأتی المرأه به اما ملک لها و اما باق علی ملک أبیها، فلو ادعی التملیک له بهبه أو نحوها کان علیه الإثبات.

و لا یمکن تقیید ملکیه المرأه أو أبیها بغیر ما یصلح للرجل، لکن العکس صحیح بأن نقول: کل ما یصلح للرجال فللرجل، إلا إذا کانت المرأه قد جاءت به من بیت أهلها.

و أما قوله علیه السّلام فی ذیل خبر النخّاس: «و من استولی علی شیء فهو له» فیمکن ان یکون المراد منه نفس المراد من صدره، أو یراد منه أمر آخر، و هو أنه لو کان بعض المتاع بید أحدهما خاصه فهو له، فیکون حاصل الجمع: ان ما کان تحت ید أحدهما الخاصه دون الید البیتیه فهو له، ثم یقضـی فی الباقی بکون ما یصـلح للرجال للرجل و ما یصلح للمرأه فلها، و المشترکات تقسم، و الأقرب ظهوره فی هذا المعنی.

و هذا الذی ذکرناه فی الجمع بین الخبرین هو مقتضی العرف و العاده.

۱- ۱) تهذیب الاحکام ۶-۲۹۸ و أنظر ما بعده.

و هذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:

قال المحقق: «و لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البينه كغيره من الأسباب» .

أى: لعمومات البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

قال: «و فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه» .

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، و ذلك على احتمال فى الكافى و التهذيب، و هى فى الفقيه صحيحه جزما على ما قيل كما فى الجواهر.

و هى روايه جعفر بن عيسى قال: «كتبت الى ابى الحسن-يعنى: على بن محمد-المرأه تموت فيدعى أبوها انه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب اليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: و كتبت اليه ان ادعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها و خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع و الخدم، أ يكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (۱).

ص:۲۵۰

و قـد أطنب ابن إدريس فی ردهـا بوجوه، فقال ما نصه کما فی الجواهر: «و لقـد شاهـدت جماعه من متفقهه أصـحابنا المقلـدین لشواذ الکتـاب یطلقون بـذلک، و أن أبا المیته لو ادعی کل المتاع و جمیع المال کان قوله مقبولا بغیر بینه، و هـذا خطأ عظیم فی هذا الأمر الجسیم، لأنهم ان کانوا عاملین بهذا الحدیث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: انه لا یجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلی أصحابنا علی ما کررنا القول فیه و أطلقناه.

و الثانی: ان من یعمل بأخبار الآحاد لا یقول بذلک و لا یعمل به الا إذا سمعه من الراوی من لشارع.

و الثـالث: ان الحـدیث مـا فیه انه ادعی أبوهـا جمیع متاعهـا و خـدمها، و انمـا قال لبعض ما کان عنـدها، و لم یقل لجمیع ما کان عندها.

ثم انه مخـالف لأـصول المـذهب و لمـا علیه إجماع المسـلمین ان المـدعی لا یعطی بمجرد دعواه. ثم لم یورد هـذا الحـدیث الا القلیـل من أصـحابنا، و من أورده فی کتـابه لاـ یورده إلا فی باب النوادر، و شـیخنا المفیـد و سـیدنا المرتضـی لم یتعرضا له و لا أورداه فی کتبهما، و کذلک غیرهما من محققی أصحابنا، و شیخنا أبو جعفر ما أورده فی کتبه بل فی کتابین منها فحسب، إیرادا لا اعتقادا، کما أورد أمثاله من غیر اعتقاد لصحته.

ثم شـیخنا أبو جعفر الطوسـی رجع عنه و ضـعفه فی جواب المسائل الحائریات المشـهوره عنه المعروفه.» قلت: لکن هـذه الوجوه بعضها مبنی علی مسلکه، و بعضها غیر وارد، لانه خلاف الظاهر.

و کون الروایه مطابقه للقاعده الشرعیه غیر بعید، فإذا أعطی الأب شیئا الی ابنته فی تجهیزها و غیره، فادعت تملیکه ذلک إیاها، فأنکر الأب ذلک، کان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملک.

نعم لو انتقل ما کان بیدها الی ورثتها، و وقع النزاع بینهم و بین الأب، فقالوا: هذا لا منّا و هو لنا الان بالإرث، فقال الأب: هو لی و لم أملّکها المال، کان الأب مدعیا و کان علیه إقامه البینه.

فعلی الوجه الأول تکون الروایه مطابقه للقاعده، و علی الثانی مخالفه، و الظاهر هو الأول، لأنهم یقرون بإعطاء الأب المال لامهم.

ص:۲۵۲

الکلام فی:دعوی المواریث

اشاره

و فیه مسائل

ص:۲۵۳

(المسأله الاولی)

اشاره

لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی إسلام

أحدهما قبل الموت و اختلفا فی الأخر

قال المحقق قدس سره: «لو مات المسلم عن ابنین، فتصادقا علی تقدّم إسلام أحدهما علی موت الأب، و ادعی الأخر مثله فأنکر أخوه: فالقول قول المتفق علی إسلامه مع یمینه أنه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه» .

أقول: لو مات المسلم عن ابنین مثلا، فتصادق الابنان علی إسلام أحدهما فی حال حیاه الأب، و ادعی الأخر نفس الدعوی لکی یشترک معه فی الإرث فأنکر أخوه ذلک، فالقول قول المتفق علی إسلامه قبل موت الأب مع یمینه علی عدم العلم بالنسبه إلی إسلام أخیه قبل موت الأب. کذا ذکره من تعرض لهذه المسأله کما فی الجواهر.

و فی المسأله ثلاث صور: (۱) الجهل بتاریخ موت الأب و إسلام الابن المختلف فیه معا. (۲) أن یکون تأریخ موت الأب معلوما و تاریخ إسلام الابن المختلف فیه مجهولا (۳) أن یکون تأریخ إسلام الابن المختلف فیه معلوما و تاریخ موت الأب مجهولا.

أما الصوره الاولی: فلا ریب فی إرث المتفق علیه دون الأخر، لان إسلامه مسبوق بالکفر و تأریخه مجهول، فیستصحب عدمه حتی موت الأب، و یکون أثر هذا الاستصحاب شرعا عدم استحقاق الولد الذی لم یثبت إسلامه عند موت الأب، و المفروض أن لا وارث غیره الا المتفق علیه فیستقل بالترکه بحسب أدله الإرث.

و لا یعارضه استصحاب عدم الموت حتّی زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب لیس بحجه، لأنه مثبت.

و أما فی الصوره الثانیه فکذلک، فإنه یجری الاستصحاب، و یترتب علیه الأثر الشرعی المذکور.

و أشکل فی الجواهر فی الحکم المذکور المبتنی علی الاستصحاب من جهتین، إحداهما: ان ظاهر الکون فی دار الإسلام هو إسلام الابن، و هذا الظاهر مقدم علی الأصل و هو الاستصحاب. و الثانیه: بأن الإرث تقتضیه القرابه حسب الأدله فی کتاب الإرث، و الکفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضی-و هو هنا الولدیه-و شک فی المانع-و هو الکفر-أثر المقتضی أثره، فیستحق المختلف فیه الإرث کأخیه.

و فی کلتا الجهتین نظر، أما الأولی: فإن کون الإسلام ظاهر من فی دار الإسلام صحیح، لکنه یقتضی الحکم بإسلام من کان فیها مع الجهل بحاله، و أما من کان مسبوقا بالکفر یقینا-کما فی مفروض المسأله-فلا یقتضی کونه فی دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر فی مقابل الأصل فی هذا المقام.

و أما الثانیه: فإن قاعده المقتضی و المانع-بناء علی تمامیتها-تجری فی صوره عدم جریان استصحاب المانع، مثلا: إذا تمّ استصحاب الفسق لا یتحقق للأب ولایه عند الشک فی ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضیه للولایه.

علی أن أدله إرث الولد مخصصه بعدم کفره-سواء کان الکفر مانعا أو کان الإسلام شرطا-و مع الشک فی إسلام الولد فی حال موت الأب یکون التمسک

بأدله الإرث من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

فالحق ما ذهب الیه المشهور، و ان الاستصحاب یفید الحکم بعدم الإرث، أی ان نفس عدم الإسلام کاف لعدمه.

قال المحقق: «و کذا لو کانا مملوکین فأعتقا و اتفقا علی حریه أحدهما و اختلفا فی الأخر» .

أی ان ذلک نظیر الصورتین المذکورتین، و الحکم نفس الحکم لجریان الاستصحاب کذلک.

و أما الصوره الثالثه فلا یجری فیها الاستصحاب المذکور فی الصورتین السابقتین، و سیذکرها المحقق مستقله فی المسأله الثانیه.

حکم ما لو اتفقا علی أن أحدهما لم یزل مسلما و اختلفا فی الأخر:

و لو اتفقا علی أن أحدهما لم یزل مسلما و اختلفا فی الأخر، فقد جزم فی کشف اللثام بأن القول قول الأخر المختلف فیه، و احتمله الشهید الثانی فی المسالک، لان ظاهر الدار تشهد له، و لیس مع صاحبه أصل یستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحکم هو اشتراکهما فی الإرث، لظاهر دار الإسلام.

و بما ذکرنا ظهر الفرق بین هذا الفرع، و بین الصورتین اللتین قلنا بجریان الاستصحاب فیهما، فقول صاحب الجواهر: «و من هنا لو اتفقا» لم یظهر وجهه.

کما لا یجوز التمسک لاستحقاقه بأدله الإرث، لأنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

حکم ما لو ادعی کل منهما انه لم یزل مسلما و أنکر الأخر:

و لو ادعی کل من الابنین أنه لم یزل مسلما و أنکر الأخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحکم هو اشتراکهما فی المیراث، لان ظاهر دار الإسلام یشهد لکل واحد، و فی الاستدلال بعمومات الإرث هنا أیضا ما عرفت.

و فی کشف اللثام: «نعم ان کانت الدار دار کفر و کان إسلام المورث مسبوقا بکفره، احتمل ترجیح الظاهر علی الأصل، فلا یرث المختلف فیه ما لم یعلم انتفاء المانع من إرثه بالبینه، و لو ادعی المختلف فیه علم الأخر بحاله کان له إحلافه علی نفیه» .

و قد أشکل فیه صاحب الجواهر مشیرا الی ما ذکره سابقا من اقتضاء الولدیه للإرث، و قد عرفت الاشکال فیه.

کما أن إیراده علی قول کاشف اللثام: «و لو اتفقا علی کفر کل منهما أو رقیته زمانا، و ادعی کل منهما سبق إسلامه أو حریته علی الموت و أنکر الأخر، و لم تکن بینه، و لا ادعی أحدهما العلم علی الأخر، أو ادعاه فحلف علی العدم، لم یرث أحد منهما، لانه لا ارث ما لم یثبت انتفاء المانع، و لا مجال هنا للحلف، لان کلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و اما إنکاره ففی الحقیقه إنکار لعلمه بزوال المانع عن الأخر، و لا یفید الحلف علیه، بل خصمهما فی الحقیقه هو الوارث المسلم، فان کان غیر الامام علیه السّلام حلف علی عدم العلم بزوال المانع» غیر وارد.

هذا کله مع عدم البینه.

و لو أقام أحد الابنین بینه فی الفروع المذکوره قضی له بها.

و لو أقام کل واحد منهما بینه (فی صوره اختلافهما بأنه لم یزل مسلما و صاحبه أسلم بعد موت الأب) کانت بینه المتفق علیه خارجه و بینه الأخر داخله، فتقدم بینه المتفق علیه علی القول بتقدم بینه الخارج و هو الأقوی کما عرفت سابقا، و اما مع القول بحجیه کلتا البینتین و تکافؤهما، و عدم تقدیم بینه مدعی تقدم الإسلام لاشتمالها علی التقدم الزمانی، و هو نقله إلی الإسلام فی الوقت السابق من جهه تناقض البینتین، فالبینتان متعارضتان، و الحکم هو القرعه کسائر موارد تعارض البینات.

و فی المسالک: ربما احتمل ضعیفا تقدیم بینه المتأخر، بناء علی انه قد یغمی علیه فی التاریخ المتقدم فیظن الشاهدان. و هو ضعیف لانه قدح فی الشاهد.

(المسأله الثانيه)

(حكم ما لو اتفقا ان أحدهما أسلم فى شعبان و الأخر فى أول رمضان)

(و اختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: «لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الأخر فى غره رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين» .

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الاولى، و هى صوره العلم بتاريخ الإسلام و الجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول:

مات فى شعبان، و أنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، و الذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فانا شريكك فى التركه لوجود الشرط و هو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث و هو الكفر.

و الحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى التركه بالتنصيف، قال فى الجواهر: بلا خلاف و لا اشكال.

و دليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: «الأصل بقاء

الحیاه» .

و قد عرفت ما فیه فإنه، أصل مثبت.

و عنـد صاحب الجواهر هو عمومات الإرث بعـد عـدم ثبوت المانع فالمقتضـی حینئذ بحاله. و فیه ما عرفت من أنه من التمسـک بالعام فی الشبهه المصداقیه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم فی حال موت الأب.

فالدلیل هو ظاهر دار الإسلام فتأمل (۱).

ص:۲۶۰

(المسأله الثالثه)

اشاره

(حکم ما لو کانت دار فی ید انسان و ادعی آخر انها له و لأخیه إرثا)

قال المحقق قده: «دار فی ید انسان و ادعی آخر انها له و لأخیه الغائب إرثا عن أبیهما و أقام بینه. فان کانت کامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم الیه النصف، و کان الباقی فی ید من کانت الدار فی یده. و فی الخلاف: و تجعل فی ید أمین حتی یعود، و لا یلزم القابض للنصف اقامه ضمین بما قبض» .

أقول: فی هذه المسأله فروع:

الأول: ان هذه الدعوی تسمع من هذا الشخص و یقضی له بالبینه الکامله -أی الواجده للشرائط علی ما سیأتی-التی أقامها و یسلم الیه نصف الدار.

و هذا الحکم لا اشکال فیه و لا خلاف کما فی الجواهر.

الثانی: و حیث أرید التنصیف للدار فمن یکون القاسم؟ قال فی الجواهر: و القاسم الحاکم أو أمینه أو من فی یده الدار.

أقول: أما الحاکم فلا کلام فی نفوذ تقسیمه لأنه ولی الغائب، و أما أمینه فکذلک، لانه یقوم مقام الحاکم بأمره، و أما من فی یده الدار فالمفروض إنکاره لحق المدعی، و بذلک یسقط عن الأمانه فی نظر المدعی فی الأقل، و القاسم یشترط أن یکون عادلا أمینا کما تقدم فی محله، فکیف یکون هذا الإنسان قاسما فی هذا المقام؟ .

الثالث: و إذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هو حكم النصف الأخر الذى يدعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقى فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجىء الغائب.

و هو رأى الشيخ فى المبسوط و عليه الشهيد الثانى فى المسالك.

و الأخر: أن ينتزع الباقى منه و يجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب.

و هو رأى الشيخ فى الخلاف و هو الأقوى عند صاحب الجواهر.

وجه الأول هو: ان البينه حجه بعد دعوى صاحب المال، و حيث أن الغائب غير موجود حتى يدعى، فبينه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الأخر، فيبقى بيد من كانت الدار فى يده كما كان.

و وجه الثانى هو: أن البينه حجه، و لا يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى و دعواه، و عليه فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقى.

و قد قدّمنا فى محله بيان هذين القولين و أن الأقوى هو الثانى.

و قد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيه قيام أحد الوراث مقام الميت فى إثبات الحق أو الملك، و عدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادعى أحدهم و أقام البينه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه فى المختلف و كاشف اللثام على الأول، و الشهيد الثانى فى المسالك على الثانى.

و الظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث و يريد إثباته، فإذا أقام بينه و أثبته فقد ثبت حقه و حق الغائب، و المفروض ان الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: انه لو أبقى النصف بيد من كانت الدار فى يده فهل يضمن أولا؟ قال المحقق: لا. للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه، و لا يخفى أن هذا مبنى على صحه التضمين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟

قال المحقق: «و نعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخبره الباطنه» .

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البينه الكامله هاهنا، ففى المسالک» ان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا ـ تعلم وارثا غيرهما أم لا ـ و حينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره، و الى غيره و هى التى لا تشهد بذلک» و قد اختار صاحب المسالک هذا المعنى. و ذکر أن الشهاده هى أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان» قال: «و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» .

و تبعه فى ذلک کله کاشف اللثام فى تفسير عباره القواعد التى هى مثل عباره المتن.

و فى الجواهر: «الظاهر الاکتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلک بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر کون المراد بکمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلک هو عدم کمالها، فقول المصنف: (و لو لم تکن البينه کامله و شهدت انها لا تعلم وارثا غيرهما)بمنزله التفسير لها کقوله أولا: (و شهدت)الى آخره» .

و اعترض على الشهيد الثانى و کاشف اللثام قائلا: «و ما أدرى ما الذى دعاهما الى ذلک؟ ! مع أن حمل العباره على اراده التفسير أولى کما هو صريح الإرشاد، قال: و لو ادعى ما فى يد الغير أنه له و لأخيه الغائب بالإرث، و أقام بينه کامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم اليه النصف» و لا ـ ينافى ذلک قوله فى المتن «و نعنى» الى آخره المحمول على اراده بيان أن الشهاده بالنفى على وجه القطع لا تکون غالبا الا من ذى الخبره الباطنه.

و دعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهاده ذى الخبره بنفى العلم محل منع و ان جزم به فى الدروس. کدعوى المفروغيه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره

بالنفی علی وجه القطع، بل هو فی الحقیقه قدح فی الشاهد العدل.

فالتحقیق حینئذ الاکتفاء بالشـهاده بالنفی من العدل مطلقا، و عدم الاکتفاء بها إذا کانت بنفی العلم کذلک، إلا إذا أرید من عدم العلم النفی فیما یعلم، فإنها شـهاده بالنفی حینئـذ، کما هو ظاهر کلامهم خصوصا الدروس. و بهذا المعنی یمکن الفرق بین ذات الخبره و غیرها. لکن قد یقال: ان الشهاده بالنفی المزبور أیضا لا تکون الا من ذی الخبره أو شبهه» .

أقول: انه یعتبر فی هذه الشهاده ثلاثه أمور أحدها: أن یشهدا بکون الدار ملکا للمیت، و الثانی: أن یشهدا بکون الأخوین وارثین، و الثالث: أن یشهدا بعدم وجود وارث غیرهما.

لکن الأصـحاب لم یتعرضوا الی اعتبـار الأـمر الأـول، و اختلفوا فی الثـالث و أنه هـل یشترط أن تکون الشـهاده بـالنفی علی وجه القطع أولا؟ و ظاهر عباره المحقق «قده» هو ما ذکره ثانی الشهیدین، و حملها علی ما فی الجواهر خلاف ظاهرها.

نعم لا مانع من القول بالاکتفاء بالاستصحاب بالشهاده بالنفی، لخبر معاویه قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام: الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سـنه و یدع فیها عیاله ثم یأتینا هلاکه، و نحن لا ندری ما أحدث فی داره، و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلا انا لا نعلم أنه أحدث فی داره شیئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار علی ورثته الذین ترک فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم» (1)

حکم ما لو لم تکن البینه کامله

قـال المحقق: «و لو لم تکن الـبینه کـامله و شـهدت انهـا لاـ تعلم وارثـا غیرهمـا أرجئ التسـلیم حـتی یبحث الحـاکم عن الوارث مستقصیا بحیث لو کان وارث لظهر»

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸-۳۴۶ الباب ۱۷ من أبواب الشهادات.

أقول: ان كانت البينه كامله دفعت الـدار إلى ذى الحق، و لو لم تكن كامله ارجىء تسـليم الـدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان لبان، و لا يرجع الى أصاله عدم الوارث، لان هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر، قال فى الجواهر: «على أن قاعـده الضـرر الحاصـل بضـمان من فى يـده المال لو ظهر بعـد ذلک معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» .

قال المحقق: «و حينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه و يضمنه استظهارا» .

أقول: ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار و الاطمئنان ببقاء حق الوارث المحتمل و إمكان دفعه اليه لو ظهر، و على هذا فلا موضوعيه للتضمين، فلو كان الوارث الحاضر موثقا و كان مليّا فلا حاجه الى التضمين.

و ليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، و على هذا فلو شاء ان يسـلم الى الحاضـر كان له ذلک، نعم إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

و قـد يناقش بأن المفروض سـقوط ذى اليـد عن الأمانه بإنكاره دعوى الوارث الحاضـر، فلو لم تسـلم الدار الى الحاضـر بالبينه و الأصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم، فلا وجه لإبقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسـليمه الـدار الى الحاضـر-كمـا فى الجواهر-يعنى قيـام الحجه الشـرعيه على مالكيته، فسواء أريـد من إبقائها دفع الضـرر عن ذى اليـد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، و اما إذا لم تتم الحجه للوارث الحاضـر فلا يجوز تسـليم شىء إليه حتى مع التضمين.

هـذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضـر ذا فرض. و أمـا إذا كـان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقـدير، كالزوجه مع الابن، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أو وارث آخر أولا-فلا إشكال فى وجوب دفع نصيبه تاما اليه.

قال المحقق: «و لو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما، و على التقدير الثانى يعطيه اليقين ان كان وارث، فيعطى الزوج الربع» أى: لاحتمال وجود ولد منها «و الزوجه ربع الثمن» أى: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، و يكون الإعطاء «معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصه مع الضمين» .

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره:

قال: «و ان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البينه الكامله أعطى المال. و ان أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين» .

أقول: ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد فلا يعطى شيئا، لعدم العلم بكونه وارثا، فان ادعى ذلک فإن أقام البينه الكامله أعطى المال كله. و ان أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالضمين.

هذا و فى المسالک تبعا للدروس: «و لو صدق المتشبث المدعى على عدم وارث غيره فلا عبره به ان كان المدعى به عينا، لأنه إقرار فى حق الغير، و ان كان دينا أمر بالتسليم، لأنه إقرار فى حق نفسه، لانه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره الا بقبضه أو قبض وكيله. و قد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكاله الغائب فى الأمرين» .

و قد وافقهما على ذلک كاشف اللثام قال: «و حكم الدين حكم العين فى جميع ذلک، إلا فى وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم. و الفرق بأن الأحوط هنا العدم، لانه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، و بأن العين شيء واحد شهدت به البينه، و الدين حقوق متفرقه بعدد مستحقيه. و يفارقها أيضا فى أنه لا يكفى فى العين تصديق صاحب اليد فى الانحصار و يكفى فى الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملا من غير بحث، أخذا بإقراره» .

قلت: قـد ذكرنا سابقا فى مسأله ما لو تنازع اثنان فى عين بيـد ثالث فصـدق الثالث أحـدهما: أن المصـدق يكون حينئذ ذائد على العين و يكون الأخر مـدعيا له، و الأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو اولى لكون الوارث الأخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسـلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل و اقام البينه بحصته أخذ و الا فلا.

و أما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين و الدين صحيح، و اشكال صاحب الجواهر غير وارد.

ص:٢٦٧

(المسأله الرابعه)

(حكم ما إذا ماتت امرأه و ابنها و تنازع زوجها و أخوها فى تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره: «إذا ماتت امرأه و ابنها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأه، فالميراث لى و للزوج نصفان، و قال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البينه» .

أقول: إذا ماتت امرأه و ابنها و لم يعلم سبق أحدهما و لا الاقتران، و وقع النزاع بين زوجها و أخيها، فقال أخوها: مات الولد أولا ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فيه إرثها من الولد لى و للزوج، لكل نصف. و قال الزوج بل ماتت المرأه أولا، فارثها لى و لولدها ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الاولى: ان يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، و لا اشكال و لا خلاف كما فى الجواهر فى انه يقضى لصاحب البينه.

الثانيه: ان يكون لكليهما بينه، و حينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، و الحكم هو الرجوع الى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا احلف الأخر، و ان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

اى: انه ان كان الولد قد مات قبل امه فيستحق الأخ نصف تركه المرأه، و ان كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئا، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت

القرعه و امتنعا عن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع و للزوج ثلاثه أرباع.

و الثالثه: ان لا يكون لأحدهما بينه.

قال المحقق: «و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لانه لا ميراث الا مع تحقق الحياه، فلا ترث الام من الولد و لا الابن من أمه، و يكون تركه الابن لأبيه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج» .

فظهر ان الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، و تكون تركه الزوجه بين الأخ و الزوج-بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها-لكل منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البينه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، و ليس لازم هذا النفى-و هو الموت من بعد-أثرا شرعيا، بخلاف البينه هناك فان لازمها حجه، و هذا هو سر الفرق بين الصورتين.

هذا كله مع الجهل بتأريخ موتهما.

و لو كان تاريخ موت أحدهما متفقا عليه بينهما كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعه فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن و تموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، و ان كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركه للأب.

و لو علم إجمالا بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الأخر، فلا يحلّفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

(المسأله الخامسه)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت و زوجته حول شيء من التركه)

قال المحقق: «لو قال: هـذه الأمه ميراث أبی، و قالت الزوجه: هذه أصدقنی إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بينه قضـی ببينه المرأه لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الأخرى» .

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث و زوجته فی شيء من التركه، فقال الوارث هذا ميراث أبی فهو لی، و قالت الزوجه: هذا أصدقنی إياه أبوك ففی المسأله صور.

الاولى: ان لا يكون للزوجه المدعيه بينه، فان القول قول الوارث بيمينه لأن الأصل عدم الاصداق.

و الثانيه: ان تقيم الزوجه بينه. فلا كلام فی انه يقضی لها.

و الثالثه: ان يقيم كل منهما بينه فهنا أيضا يقضی للزوجه بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

و كذا لو كانت العين فی يد أجنبی لا يدعيها.

و لو وقع التعـارض بين البينتين كـأن تـدعی الزوجه الاصـداق فی يوم الجمعه فتشـهد بينتهـا بـذلك ثم تشـهد بينه الوارث بموت المورث فی يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد و كون مدعاه أسـبق زمانا، و مع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

الکلام فی:الاختلاف فی الولد

اشاره

ص:۲۷۱

مقدمه:

لا ریب فی عدم لحوق الولد بأبین فصاعدا عندنا و ان کانا قد واقعا فی طهر واحد، للاخبار و الإجماع. خلافا للمحکی عن أبی حنیفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرین منهم جواز الإلحاق بألف أب علی قول أبی حنیفه، بل عنه أیضا الإلحاق بأمین إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد یأتی بناء علی ما تقدم ذکره عن متأخریهم جواز إلحاق الولد بألف أم.

و لعل هؤلاء قالوا بذلک علی أساس القیاس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شرکه الأبوین فی الأولاد، فإن الولد یتکون من ماء الرجل و المرأه معا حیث قال تعالی «یَخْرُجُ مِنْ بَیْنِ اَلصُّلْبِ وَ اَلتَّرائِبِ» (1)و لذا یرث الولد أبویه، فکما یکونان شریکین فی الولد لتولده منهما کذلک یکون الولد ملحقا بالأبوین فصاعدا لتولده منهما.

لکنه-مع ابتنائه علی القیاس الباطل-فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل و المرأه فقد تم الأمر، و فی بعض الروایات دلاله علی ذلک، فلو واقع هذا الرجل أو غیره تلک المرأه لم یکن للماء الجدید أی علاقه بما کان من الماء الأول و لکل موضع غیر موضع الأخر.

ثم ان الرجوع الی القائف واضح الفساد کذلک، فإنه لا عبره بالقیافه عندنا، و لا تکون ملاکا للإلحاق، و ان تحققت المشابهه بین الولد و أحد الرجلین غالبا،

ص:273

1- 1) سوره الطارق،7.

فان الشارع قد أسقط هذه الغلبه عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقى فى الأوصاف.

و بعد هذا كله نقول: ان عمده الأدله فى الاختلاف فى الولد هو قوله صلّى اللّه عليه و آله «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (۱)فقيل معناه: الولد لمالك الفراش، و فى المصباح المنير: «و قوله عليه الصلاه و السلام: الولد للفراش أى للزوج، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما سمى كل واحد منهما لباسا للآخر» .

و كيف كان فان الحديث لا يعم النكاح الفاسد. و قال السيد فى العروه بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أولا. و عن القواعد: انه لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

صور الاختلاف فى الولد

اشاره

هذا و فى المسأله صور:

الصوره الأولى:

إذا لم يكن فى البين فراش أصلا، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما. و أثر ذلك عدم التوارث فقط، و أما الآثار الأخرى كالنظر و النكاح ان كان الولد بنتا فإنه يجوز لكل منهما نكاحها، و يحرم عليه النظر إليها للأصل. أما هى فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمها إجمالا بكونها لأحدهما.

و بالجمله ان وطئاها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعا، نعم لا يبعد الرجوع الى القرعه لتعيين من هو له منهما لأجل ترتّب الآثار من النفقه و نحوها، اللهم الاّ أن يقال بعدم ترتّب شىء من الآثار مطلقا. لكن لا تعرض هنا ظاهرا فى الاخبار و الفتاوى إلى القرعه.

و الصوره الثانيه:

ان تحقق الوطء من الرجلين بشبهه و فى طهر واحد كان

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۴-۵۶۵

المرجع القرعه، لإمكان كون الولد من كل منهما، فمن خرج اسمه ألحق به.

و الصوره الثالثه:

أن يعقد كل منهما عقدا فاسدا. و المرجع هنا أيضا القرعه.

و الصوره الرابعه:

أن يطأ اثنان امرأه و هی زوجه لأحدهما و مشبهه علی الأخر، و الحکم عند الأصحاب هو الرجوع الی القرعه.

و قد ذکر المحقق حکم الصور الثلاث الأخیره بقوله:

«إذا وطئ اثنان امرأه وطءا یلحق به النسب اما بأن تکون زوجه لأحدهما و مشبهه علی الأخر، أو مشبهه علیهما، أو یعقد کل منهما علیها عقدا فاسدا ثم تأتی بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم یتجاوز أقصی الحمل فحینئذ یقرع بینهما» .

فان قیل: مقتضی الحدیث الشریف: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فی الصوره الرابعه بالزوج، لانه صاحب الفراش و ان کان «للعاهر الحجر» لا ینطبق علی الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع و هو الزنا فی هذه الصوره، و بالجمله یجری هذا الحدیث فی صوره وجود فراش-زوجا کان أو مولی-سواء کان الوطء الأخر عن زنا أو شبهه، و لا یتحقق لأحد هذین فراش حتی یکون وطؤه وطأ یلحق به النسب، حتی یقع التعارض و یشکل الأمر فیرجع الی القرعه.

بل لقد تمسک الامام علیه السّلام بالحدیث حیث لا یوجد فیه الزنا و لا شبهه، ففی خبر الصیقل: «عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل أن یستبرئ رحمها. قال:

بئس ما صنع یستغفر اللّه و لا یعود.

قلت: فان باعها من آخر و لم یستبرئ رحمها ثم باع الثانی من رجل آخر فوقع علیها و لم یستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام الولد للفراش و للعاهر الحجر» (۱).

اذن لا ینحصر مجری الحدیث بمورد وجود الزنا أو الوطی بشبهه فالرجوع

إلى القرعه لما ذا؟ قلت: ان الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش-خلافا لصاحب الجواهر- لكن دليل القول بالقرعه فى هذه الصوره هو الإجماع.

قال المحقق: «سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين، أو عبدين أو حرين، أو مختلفين فى الإسلام و الكفر و الحريه و الرق، أو أبا و ابنه» .

أقول: قال فى الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده بيننا فى ذلك بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادعاه بعض صريحا.

و يدل عليه صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام: «إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأه فى طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذى تصيبه القرعه» (۱).

قال فى الجواهر: نعم عن لقطه المبسوط أن المسلم و الحر أولى، و لكن قد استقر الإجماع على خلافه.

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

و لو علم سبق أحدهما على الأخر فى الوطء ففى إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كله إذا كان الوطى منهما فى طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الأخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضا؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل و الحيض قد يجتمعان.

لكن فى القواعد و كشف اللثام: «انه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعا، الا ان يكون الأول زوجا فى نكاح صحيح لكون الولد للفراش، الا ان يعلم الانتفاء، و تخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷-۵۷۱.

من تقديرى مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضا.

قالا: و لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

أقول: هـذه صوره أخرى بالإضـافه إلى الصور السـابقه، و هو أن يكون الأمر دائرا بين الوطء بشـبهه-بمعنى كونه زوجا ظاهريا-و بين الزنا أو الوطى بشـبهه ممن ليس بزوج ظاهرى، و تفيد هذه العباره التوقف فى إمكان معارضه الوطء بشبهه لصاحب الفراش، من جهه التأمل فى صدق الفراش على الفراش الظاهرى، و هذا يؤيد ما ذكرناه سابقا كما لا يخفى، و الحكم فى هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهرى للحديث الشريف بناء على صدق الفراش، و الا فالقرعه.

قال المحقق: «هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» .

أقول: يعنى ان الرجوع الى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحـد الواطئين بينه، أو كان لكل واحـد منهم و تعارضـتا لعدم المرجح، و الا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بيّنته أرجح.

لكن البينه تفيـد فيما إذا علم بتحقق وطئ واحـد، ثم اشـتبه الواطئ بين اثنين فتشـهد البينه أنه هـذا لا ذاك لكونه معهما فى سـفر مثلا، و أما إذا وقع الوطء من اثنين فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قـال المحقق: «و يلحق النسب بـالفراش المنفرد، و الـدعوى المنفرده، و بـالفراش المشـترك، و الـدعوى المشتركه، و يقضـى فيه بالبينه و مع عدمها بالقرعه» .

أقول: أما الفراش المنفرد فواضـح، و أما الدعوى المنفرده فتكون بالنسـبه إلى صبى مجهول النسب، فلو ادعاه و لا معارض له فى هذه الدعوى ألحق به، و لا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم فى الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه.

و لو اشترك اثنان أو أزيد فى هذه الدعوى قضى بالبينه، و مع عدمها أو تعارضها

بالقرعه. و أما الفراش المشترک فقد عرفت الکلام فیه.

و لا فرق عندنا فی الدعوی بین الرجل و المرأه، فلو استلحقت ولدا فان لم ینازعها أحد لحق بها، و ان نازعها کان الولد لذات البینه، و مع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروع ذکرها فی الجواهر عن بعض الأصحاب:

و هنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الأصحاب، و نحن نوردها تبعا له:

«من انفرد بدعوی مولود صغیر فی یده لحقه الا ـ أن یضر بغیره، کأن یکون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضی تقدمه علی المولی فی الإرث، فإن بلغ و انتفی عنه لم یقبل نفیه إلا ببینه، استصحابا لما ثبت شرعا، و کذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنکر، و لیس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم یسمع» .

قال فی الجواهر: «و لا یخفی علیک وجه البحث فی ذلک» .

«لو ادعی نسب بالغ عاقل فأنکر لم یلحقه إلا بالبینه. و ان سکت لم یکن تصدیقا» قلت: بل الأظهر کونه تصدیقا، فإذا سکت کانت دعوی المدعی بلا معارض.

«لو ادعی نسب مولود علی فراش غیره بأن ادعی وطئا لشبهه لم یقبل و ان وافقه الزوجان، بل لا بد من البینه علی الوطی لحق الولد» .

«لو تداعیا صبیا و هو فی ید أحدهما لحق بصاحب الید خاصه علی اشکال فی أن الید هل ترجح کما یرجح الملک» أی علی ذاک إقامه البینه، و مع عدمها لحق بصاحب الید علی اشکال فی عموم أدله حجیه الید للإنسان الذی لیس مملوکا بل حرّ منسوب، فقد یقال بعدم صدق الید علی الحر، و حینئذ فالملاک البینه و الا فالقرعه.

«لو استلحقه صاحب الید و لو ملتقطا و حکم له شرعا لم یحکم للآخر إلا ببینه» .

«لو استلحق ولدا و قال: انه من زوجتی هذه فأنکرت الزوجه ولادته ففی

لحوقه بهـا بمجرد إقرار الأب نظر» أى: لأن هـذه الـدعوى ليست بلا معارض لأنها عارضت، فى الجواهر: بل منع لكونه إقرارا فى حق الغير. أقول: و لكن أثر وجوب النفقه و نحوه مترتب على هذا الإقرار.

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيـام تصـديقه مقام البينه أو القرعه» و الظاهر ورود هـذا الاشـكال لعـدم وجود نص يـدل على اعتبار الإقرار بالولـديه، نعم لو أقر بالرقيه لأحد قبل لانه على نفسه، كما لا سيره على القبول.

«و لا عبره بميل الطبع عندنا» أى: ان هذا لا يكون دليلا شرعيا للانتساب و ان كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

«و ان لم ينتسب الى أحـد منهمـا أقرع ان لم ينكرهمـا معـا، و الاـ لم تفـد القرعه بنـاء على قبول تصـديقه، و لاـ يقبل رجوعه بعد الانتسـاب، و لاـ اعتبـار بانتساب الصـغير و ان كان مميزا، و نفقته قبل الثبوت شـرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الأخر» .

و أشـكل عليه فى الجواهر: «و فيه: ان دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بان لوازم البينه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقا بأن الإقرار مقدم على جميع الأدله. هذا، و قد ذكرنا سابقا احتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل من المدعيين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح. حكم بالقرعه عندنا» .

«لو أقام أحـدهما بينه ان هـذا ابنه و آخر بينه ان هـذا بنته فظهر خنثى، فان حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و ان حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق الا من ادعاه، و ان ظهر خنثى مشكلا أقرع» .

خاتمه الكتاب:

أقول: هذا آخر كتاب القضاء. و قد كان الفراغ منه فی الیوم الثامن عشر من شهر ربیع الأخر من شهور السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الالف من الهجره النبویه.

فی الحوزه العلمیه بمدینه قم المقدسه و سیتلوه ان شاء اللّه تعالی کتاب الشهادات.

و الحمد للّه أولا و آخرا، و صلی اللّه علی سیدنا محمد و آله الطیبین الطاهرین، و لا سیما آخرهم بقیه اللّه فی الأرضین، و لعنه اللّه علی أعدائهم أجمعین من الأولین و الآخرین.

علی ابن حجه الإسلام و المسلمین السید نور الدین نجل آیه اللّه العظمی السید محمد هادی المیلانی قده

ص: ۲۸۰

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.